

WYROK

z dnia 22 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **17 lutego 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 lutego 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców: **J. W., B. S. NETPRINT s.c. – wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wspólnicy spółki cywilnej „NETPRINT s.c., J. W., B. S.”** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek (nr 29/ZP/2022)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Skierniewicach** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **TonaTuszu.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 2 ppkt 1 SWZ, a w konsekwencji niezgodność z warunkami zamówienia co do wykazania równoważności dla równoważnych materiałów eksploatacyjnych zaoferowanych w poz. 608, 609 i 611 Formularza asortymentowo-cenowego.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczzonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Skierniewicach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek (nr 29/ZP/2022)*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 listopada 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00428856.

Wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

2 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TonęTuszu.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Tona Tuszu”, „Spółka”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

7 lutego 2023 r. J. W. i B. S. NETPRINT s.c., którzy wspólnie złożyli ofertę jako wspólnicy spółki cywilnej „NETPRINT s.c., J. W., B. S.” {dalej: „Netprint” lub „Odwołujący”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 6 i art. 101 ust. 6 (*a contrario*) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 1-3 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, polegające na skutkującej naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenie oferty Tony Tuszu oraz załączników do niej i zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż Wykonawca ten nie załączył do oferty dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wykonanych przez niezależny podmiot oceniający zgodność akredytowany przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez podmiot równoważny, a także nie uzupełnił ich na wezwanie Zamawiającego i równocześnie oświadczył, że dla produktów tych nie posiada raportów z testów potwierdzających ich przebadanie zgodnie z odnośnymi normami ISO/IEC.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Tony Tuszu.

Odwołujący dodatkowo sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie

następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Zamawiający zastrzegł możliwość składania ofert na produkty równoważne oryginalnym materiałom eksploatacyjnym (pochodzących od producenta urządzenia), pod warunkiem spełnienia szczegółowo określonych kryteriów równoważności (w rozdziale IV Opis przedmiotu zamówienia, ust. 10 i 11 SWZ). W szczególności produkt równoważny ma mieć co najmniej taką samą jak oryginał wydajność zmierzoną zgodnie z odpowiednimi normami ISO/IEC (ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 lub inną równoważną). Jednocześnie dla każdego produktu równoważnego Zamawiający, działając w oparciu o art. 105 ust. 1 ustawy pzp, zażądał przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w rozdziale XIII SWZ, w szczególności raportów z testów wydajności przeprowadzonych zgodnie z tymi normami ISO/IEC, wykonanych przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, posiadający stosowną akredytację.

W Polsce jedynym podmiotem akredytującym jest Polskie Centrum Akredytacji {dalej: „PCA”}, przy czym należy odróżnić akredytację jednostek certyfikujących od udzielanej jednostkom badawczym przeprowadzającym testy, o którą chodzi w tym przypadku. Każda akredytacja posiada stosowny numer, umieszczany przez podmiot akredytowany na wydawanych przez niego certyfikatach lub raportach z testów, który można sprawdzić w ogólnodostępnej bazie prowadzonej przez PCA.

Środki przedmiotowe miały być złożone wraz z ofertą, ale Zamawiający przewidział możliwość ich uzupełnienia.

Tona Tuszu zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa raporty z badań oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych, jednak według wiedzy Odwołującego, opartej na wieloletnim doświadczeniu w branży, dla przeznaczonych do urządzeń wielofunkcyjnych tonerów o oznaczeniach: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP nie przedstawiła wymaganego w tym przypadku raportu z testów wykonanego według normy ISO/IEC 19752 dotyczącej tonerów monochromatycznych do drukarek laserowych i urządzeń wielofunkcyjnych).

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł odwołanie od wyboru oferty Tony Tuszu jako najkorzystniejszej (sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 7/23), które wycofał wobec unieważnienia przez Zamawiającego powyższej czynności.

Następnie Zamawiający wezwał w trybie art. 107 ust. 2 pzp Tonę Tuszu do przedłożenia brakujących środków dowodowych.

Wykonawca ich nie przedłożył, poprzestając na nieudowodnionym twierdzeniu, że jest to niemożliwe, gdyż są to materiały eksploatacyjne przeznaczone do urządzeń faksowych (a nie drukarek), które nie podlegają badaniu zgodnie z powyżej wskazaną normą.

Tymczasem według wiedzy Odwołującego powyżej wymienione trzy tonery, jako przeznaczone do wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, kopiujących i skanujących, które mają także funkcję faksu [na dowód załączono strony tytułowe instrukcji obsługi dla tych trzech urządzeń], to są równocześnie kopiarkami i drukarkami oraz skanerami, podlegają takiemu badaniu.

W szczególności powoływana norma ISO/IEC wcale nie wymaga trzykrotnego wstrząśnięcia badanego tonera, gdyż odnosi się zarówno do badania tonerów, które fabrycznie połączone są z bębniem drukującym, tonerów samodzielnych czy tonerów, które po instalacji przesypują całą zawartość do bębna drukującego. W badaniu chodzi bowiem o rodzaj środka kryjącego i rodzaj urządzenia, w którym się go używa, a nie specyfikę techniczną danego tonera.

Niezależnie od powyższego Tona Tuszu złożyła również żądane przez Zamawiającego dla produktów równoważnych karty produktów, w których ich producent poświadczył, że przebadał je zgodnie z odnośną normą ISO/IEC, co potwierdza, że jest to możliwe.

Odwołujący podsumował, że Tona Tuszu zaoferował produkt, który podlegał badaniu w oparciu o właściwą normę ISO, lecz po prostu nie został poddany testom przez odpowiednie akredytowane laboratorium badawcze (jak część innych zaoferowanych produktów).

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że oferta Tony Tuszu, jako dotknięta brakami w postaci niezłożenia wszystkich wymaganych według SWZ środków dowodowych dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 pzp, gdyż nie spełnia wymogów tego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z 17 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający generalnie w sposób zbieżny z odwołaniem zrelacjonował dotychczasowy przebieg prowadzonego postępowania, z następującym uszczegółowieniem dotyczącym istotnych dla sprawy postanowień SWZ.

Według rozdziału IV ust. 11 pkt 6 SWZ przez materiał równoważny należy rozumieć taki, którego wydajność zgodnie z normą: ISO/IEC 19752 (lub równoważną) – dla kaset z tonerem do drukarek monochromatycznych, ISO/IEC 19798 (lub równoważną) – dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych albo ISO/IEC 24711 (lub równoważną) i ISO/IEC 24712 (lub równoważną) – dla wkładów atramentowych drukujących, jest co najmniej taka, jak materiału oryginalnego zalecanego przez producentów sprzętu.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający w rozdziale XIII ust. 2 ppkt 1 [Izba

przyjęła inną konwencję oznaczania: rozdział XIII pkt 2 ppkt 1] SWZ zażądał przedłożenia przez wykonawców następująco opisanego przedmiotowego środka dowodowego:

raport z testów wydajności, zgodnie z odpowiednią normą: ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 lub inną równoważną, zawierające dane które umożliwiają porównanie oferowanych produktów z wymaganiami SWZ, w szczególności wydajność określona liczbą wydrukowanych stron A4 przy 5% zaczernieniu kartki przy użyciu jednego tonera.

Testy muszą być wykonane dla każdego oferowanego materiału równoważnego oddzielnie i określać wydajność badanego produktu (w przypadku raportu odnoszącego się do więcej niż jednego produktu, wymagane jest wyszczególnienie z nazwy na raporcie wszystkich produktów, do których raport się odnosi). Dokumenty w formie raportów przewidzianych w ww. normach ISO i zawierające wszystkie wymagane przez te normy elementy powinny być wystawione przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości posiadający akredytację w zakresie badania jakości produktów objętych przedmiotem zamówienia i potwierdzać, że oferowane materiały eksploatacyjne odpowiadają tym normom.

Zamawiający podał również, że zgodnie z normą ISO/IEC 19752 test wydajności przeprowadza się w następujących warunkach: 1) kontrolowane środowisko tj. temperatura +23°C (+/- 2°C) i wilgotność 50% (+/-10%), 2) znormalizowana strona testowa A4 (ok. 5% śr. pokrycia strony), 3) minimalna ilość drukarek do testu 3 szt., 4) minimalna ilość testowanych wkładów z tonerem 9 szt., 5) jednoznaczne kryteria określające koniec tonera (np. maks. liczba możliwych potrząśnięć wkładem z tonerem pod koniec cyklu eksploatacji). Metoda określania wydajności pozwala na wyznaczanie kryteriów końca cyklu eksploatacji na podstawie liczby stron możliwych do wydrukowania oraz postępowania z wkładami pod koniec ich okresu eksploatacji, tj. ile razy należy nimi potrząsać.

Zamawiający dodał również, że ponieważ żadna ze wskazanych w przywołanych powyżej postanowieniach SWZ norm nie dotyczy bębnow i pojemników na zużyty toner, zakwalifikował tonery jako „Inne urządzenia” w Formularzu asortymentowo-cenowym.

Według Zamawiającego Tona Tuszu nie miała obiektywnej możliwości przedstawienia dla objętych odwołaniem tonerów wyników testów wydajności przeprowadzonych zgodnie z przedmiotowymi normami, gdyż są to – jak to określono w odpowiedzi na odwołanie – „tonery faksowe i wysypywane”, których konstrukcja uniemożliwia przeprowadzenie testów zgodnie z wszystkimi warunkami odnośnej normy.

Okoliczności prawne wynikające z odpowiedzi na odwołanie sprowadzają się do:

- powołania art. 106 ust. 3 pzp, zgodnie z którym zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy

lub kryteria;

- zacytowania za jednym z komentarzy do ustawy pzp fragmentu dotyczącego tego, że zamawiający powinien pamiętać o obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych w przypadku odwoływania się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych wynikających z art. 101 ust. 4 pzp, a skoro istnieje możliwość zaoferowania rozwiązań innych niż wskazane w dokumentach normalizacyjnych, uzasadniona jest również możliwość powołania alternatywnych oświadczeń, dokumentów lub innych środków dowodowych;
- powołania się na otwarty katalog przedmiotowych środków dowodowych, których wspólną cechą jest potwierdzenie, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymagania zamawiającego;
- przywołania stanowiska orzecznictwa, zgodnie z którym odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia wymaga wskazania i wykazania, na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia; natomiast niedopuszczalne jest ustalenie niezgodności oferty na podstawie subiektywnej, rozszerzającej interpretacji SWZ, czy też ocena oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w zapisach SWZ.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że trzeba brać pod uwagę różnorodność przedmiotowych środków dowodowych występujących w obiegu rynkowym, wynikającą chociażby z samego procesu modernizacyjno-produkcyjnego.

Według Zamawiającego w tych okolicznościach zobowiązany był poczytać przedstawione przez Wykonawcę (oprócz skądinąd wymaganych kart produktów, kart charakterystyk bezpieczeństwa produktu) raporty z testów wydajności podmiotu nieakredytowanego za dopuszczalne równoważne środki dowodowe.

Przystępujący w piśmie z 17 lutego 2023 r. również wniósł o oddalenie odwołania, a w stosunku do odpowiedzi na odwołanie dodatkowo podał i wywiódł, co następuje.

Zakres niniejszego dokumentu jest ograniczony do oceny wydajności w stronach kaset z tonerem (tzn. kasety typu „all-in-one” i kasety bez bębna światłoczułego) do monochromatycznych laserowych systemów drukujących. Dokument może też mieć zastosowanie do elementów drukujących wszelkich urządzeń wielofunkcyjnych z cyfrowym wejściem drukowania (tzn. urządzeń wielofunkcyjnych zawierających elementy drukarek). [brzmienie pierwszego akapitu pkt 1. „Zakres” normy ISO/IEC 19752]

Według Przystępującego z powyższego wynika, że procedury testowania określone

w normie ISO/IEC 19752 nie są przeznaczone do testowania elementów drukujących wszelkich urządzeń wielofunkcyjnych z cyfrowym wejściem drukowania. Przykładowo w normie tej nie opisano wprost procedury testowania produktu, w którym toner przy instalacji przesypuje się z kasety do bębna drukującego, co powoduje, że nie ma możliwości przeprowadzenia procedury potrząsania kasetą w momencie wyblaknięcia druku. Tak jest w przypadku zaoferowanych przez Tonę Tuszu tonerów ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP. W konsekwencji ocena ich wydajności nie może być przeprowadzona zgodnie z normą ISO/IEC 19752, lecz co najwyżej w oparciu o tę normę – wobec konieczności rezygnacji z potrząsania kasetą, które nie może w tym przypadku przynieść jakiegokolwiek skutku. Taką ocenę wydajności przeprowadził producent tych tonerów, zaś jej wyniki w postaci raportów z testów zostały złożone przez Tonę Tuszu 18 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Przystępującego w tych okolicznościach akceptacja powyższych przedmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego odpowiada nie tylko dyspozycji art. 106 ust. 3 pzp, ale i art. 105 ust. 4 pzp, gdyż według tego ostatniego przepisu zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę lub certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Przystępujący dodał, że ponieważ z przywołanego powyżej przepisu nie wynika również ograniczenie co do momentu, w którym zamawiający może akceptować równoważne przedmiotowe środki dowodowe, dopuszczalne jest to również na etapie badania i oceny ofert – jak miało to miejsce w tym przypadku.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W uzupełnieniu do postanowień SWZ adekwatnie opisanych lub przywołanych w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie poniżej zacytowano brzmienie mających znaczenie dla tej sprawy postanowień rozdziału IV pn. Opis przedmiotu zamówienia.

1. *Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych, kserokopiarek i faksów (tonerów, tuszy, taśm i bębnow) wyszczególnionych w załączniku nr 2 do SWZ. „Fabrycznie nowe” oznacza materiały pełnowartościowe, nieużywane, nieuszkodzone, nieregenerowane, do produkcji, których zostały wykorzystane elementy w 100% nowe, nie pochodzące z recyklingu, nierefabrykowane, nie wchodzące wcześniej w całości ani w skład innych materiałów do drukarek i kopiarek.*

(...)

3. *W załączniku nr 2 do SWZ wskazane zostały symbole materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek, spełniające kryteria określone przez Zamawiającego. Są to produkty zalecane i pożądane przez producenta urządzeń. Wykonawca może zaoferować produkty równoważne. Produkty równoważne winny odpowiadać tj. prawidłowo funkcjonować z urządzeniami wskazanymi w kolumnie „Producent” i „Model”, gdyż są to urządzenia, w posiadaniu których jest Zamawiający.*

(...)

10. *Wykonawca posiada prawo przedstawienia w ofercie asortymentu równoważnego, tzn. innego niż podany w Załączniku nr 2 do SWZ, który jest zalecany przez producenta pod*

warunkiem, że posiada on takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe, wydajnościowe, jak produkt wzorcowy. Wykonawca, składając ofertę na materiały równoważne, zobowiązany jest wpisać nazwę producenta, symbol i wydajność produktu w tabeli formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ.

11. Przez materiał eksploatacyjny równoważny Zamawiający rozumie produkt:

(...)

6) którego wydajność, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 (lub równoważną) dla kaset z tonerem do drukarek monochromatycznych, ISO/IEC 19798 (lub równoważną) dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych, oraz ISO/IEC 24711 (lub równoważną) i ISO/IEC 24712 (lub równoważną) dla wkładów atramentowych drukujących, jest co najmniej taka jak materiału oryginalnego zalecanego przez producentów sprzętu;

(...)

12. Składając ofertę równoważną, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia przedmiotowych środków dowodowych określonych w rozdziale XIII SWZ.

(...)

XIII. PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

1. Składając ofertę z wykorzystaniem materiałów równoważnych Wykonawca będzie zobowiązany, w celu potwierdzenia „równoważności”, złożyć wraz z ofertą karty katalogowe i/lub karty charakterystyki lub inne równoważne dokumenty, które umożliwią porównanie produktów oferowanych z wymaganymi określonymi przez Zamawiającego. Dokumenty, o których mowa w niniejszym ustępie, muszą potwierdzać spełnienie przez zaoferowane przez Wykonawcę materiały kryteriów równoważności opisanych w rozdziale IV SWZ.

(...)

Reasumując, z przywołanych powyżej i w odpowiedzi na odwołanie (co do ppkt 1 pkt 2 rozdziału XIII) SWZ postanowień SWZ wynika, że w każdym przypadku oferowania kaset z tonerem (potocznie nazywanych „tonerami”) lub wkładów atramentowych (potocznie nazywanych „tusząmi”) innych niż oryginalne, tzn. zalecanych przez producenta danego urządzenia drukującego monochromatycznie lub w kolorze techniką laserową lub atramentową – wykonawca zobligowany jest wykazać, że są one im równoważne, w tym pod względem wydajności. Przy czym właśnie w tym aspekcie Zamawiający zażądał złożenia środka dowodowego w postaci raportu z badania tej wydajności zgodnie z właściwą dla danego materiału eksploatacyjnego normą, (jedną z czterech norm ISO/IEC, których nr zostały podane, lub inną równoważną normą), wystawionego przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, posiadający w tym zakresie stosowną akredytację. Tym

samym Zamawiający skorzystał z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 105 ust. 1 ustawy pzp (*W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.*). W konsekwencji pierwsza kategoria przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 1 rozdziału XIII SWZ (karta katalogowa, karta charakterystyki lub inny podobny dokument), zażądana w oparciu o przepis art. 106 ust. 1 ustawy pzp (*Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*), powinna służyć potwierdzeniu innych niż wydajność kryteriów równoważności opisanych w rozdziale IV pkt 11 ppkt 1)-11) SWZ.

Dokumentacja postępowania prowadzona przez Zamawiającego odzwierciedla poniżej przedstawiony chronologicznie przebieg badania oferty złożonej przez Tonę Tuszu w odniesieniu do równoważnych materiałów eksploatacyjnych, których dotyczą zarzuty odwołania.

18 listopada 2022 r. miało miejsce otwarcie ofert, w tym oferty złożonej przez Tonę Tuszu.

W szczególności w następujących pozycjach Formularza asortymentowo-cenowego (którego wzór stanowił załącznik nr 2 do SWZ) Tona Tuszu zaoferowała jako równoważne oryginalnym materiałom eksploatacyjnym Panasonic, producenta modeli urządzeń (o podanych poniżej oznaczeniach) – tonery producenta Rafcom, sprzedawane pod marką Prism (o podanych poniżej oznaczeniach):

- poz. 608 (KX-FLM551, KX-FLB755, KX-FLB751, KX-FL501) – ZPL-KFA76ANP;
- poz. 609 (KX-FLB803, KX-FLB813, KX-FLB853, KX-FLB833) – ZPL-KFA85NP;
- poz. 611 (KX-MB 773/263/783) – ZPL-KXFAT92NP.

Tona Tuszu nie złożyła wraz z ofertą dla powyższych pozycji żadnych przedmiotowych środków dowodowych.

12 stycznia 2023 r. Zamawiający wystosował do Tony Tuszu „Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych” w następującym brzmieniu:

Działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice, Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek”, nr postępowania 29/ZP/2022, wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści niniejszego wezwania.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII ust. 2 SWZ:

1. *Wykonawca składając ofertę na produkty równoważne musi dołączyć także:*

- 1) *raport z testów wydajności, zgodnie z odpowiednią normą: ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 lub inną równoważną, zawierające dane które umożliwiają porównanie oferowanych produktów z wymaganiami SWZ, w szczególności wydajność określona liczbą wydrukowanych stron A4 przy 5% zaczernieniu kartki przy użyciu jednego tonera.*

Testy muszą być wykonane dla każdego oferowanego materiału równoważnego oddzielnie i określać wydajność badanego produktu (w przypadku raportu odnoszącego się do więcej niż jednego produktu, wymagane jest wyszczególnienie z nazwy na raporcie wszystkich produktów, do których raport się odnosi). Dokumenty w formie raportów przewidzianych w ww. normach ISO i zawierające wszystkie wymagane przez te normy elementy powinny być wystawione przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości posiadający akredytację w zakresie badania jakości produktów objętych przedmiotem zamówienia i potwierdzać, że oferowane materiały eksploatacyjne odpowiadają tym normom.

Wykonawca zaoferował Zamawiającemu materiały równoważne, nie przedkładając jednocześnie wraz z ofertą:

- 1) *raportów z testów wydajności, zgodnie z odpowiednią normą: ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 lub inną równoważną dla tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP.*

W konsekwencji Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności dla tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP.

Żądane dokumenty należy przesłać zgodnie z formą wskazaną w SWZ, do dnia 19.01.2023 r., za pośrednictwem Platformy dostępnej pod adresem:

https://platformazakupowa.pl/pn/instytut_ogrodnictwa/proceedings

16 stycznia 2023 r. Tona Tuszu przesłała Zamawiającemu „Stanowisko Wykonawcy w przedmiocie istnienia obiektywnej niemożliwości uzupełnienia przedmiotowych środków

dowodowych” w następującym brzmieniu:

W nawiązaniu do otrzymanego w dniu 12.01.2023 r. wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności dla tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPLKXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP - Wykonawca wskazuje, że:

- 1. zaoferowane tonery ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP spełniają wymagania określone w SWZ, a w szczególności wymagania co do wydajności;*
- 2. wezwanie do uzupełnienia raportów z testów wydajności dla wskazanych tonerów jest niewłaściwe z uwagi na obiektywną niemożliwość uzupełnienia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.*

Powyższe powinno skutkować odstąpieniem od czynności wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w ramach których Wykonawca potwierdzi, iż zaoferowane tonery spełniają wymagania określone w SWZ, a w szczególności wymagania co do wydajności.

- 1) Potwierdzenie, iż zaoferowane tonery ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP spełniają wymagania określone w SWZ, a w szczególności wymagania co do wydajności – znajduje potwierdzenie w następujących danych: Karty Produktu Karty Charakterystyki Bezpieczeństwa Produktu*
- 2) Z kolei obiektywna niemożliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności dla tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP znajduje uzasadnienie w następujących okolicznościach:*

- a) Zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII ust. 2 pkt 1 SWZ Wykonawca składając ofertę na produkty równoważne musi dołączyć także (...) raport z testów wydajności, zgodnie z odpowiednią normą: ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712, lub inną równoważną (...)*

W przypadku wskazanych w wezwaniu z dnia 12.01.2023 r. tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPLKXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP – przeznaczonych do faksów Panasonic – nie jest obiektywnie możliwe przedstawienie takich raportów, bowiem tonery te nie są objęte żadną z norm wymienionych w SWZ.

- b) Wskazany tonerom „najbliżej” do normy ISO/IEC 19752, która dotyczy tonerów do drukarek monochromatycznych, jednakże brak jest możliwości przeprowadzenia testów wydajności dla wskazanych tonerów zgodnie z tą normą. Norma ISO/IEC 19752 odnosi się bowiem do tonerów, w których proszek znajduje się w kasecie zintegrowanej z bębniem lub umieszczonej w bębnie urządzenia tak, aby proszek przesywał się przez bęben. Ponadto zgodnie z wymaganiami norm ISO/IEC podczas testów należy 3-krotnie wstrząsnąć kasetą z tonerem, natomiast w przypadku tonerów do faksów Panasonic po ich zainstalowaniu cały proszek od razu przesypuje*

się do urządzenia, zatem nie można wykonać jednego z kroków, opisanego w reżimach normy. Reasumując, norma ISO 19752 dotyczy tonerów monochromatycznych do drukarek laserowych i urządzeń wielofunkcyjnych, a wskazane w wezwaniu tonery to: tonery faksowe, wysypywane, a zatem są to tonery pozostające poza certyfikacją w zakresie normy ISO 19752.

- c) Wskazane w wezwaniu tonery nie podlegają również certyfikacji w zakresie norm ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711 oraz ISO/IEC 24712, które dotyczą:
- w przypadku normy ISO/IEC 19798 – tonerów do laserowych drukarek kolorowych,
 - w przypadku normy ISO/IEC 24711 – wkładów drukujących (atramentów) czarnych do drukarek atramentowych,
 - w przypadku normy ISO/IEC 24712 – wkładów drukujących (atramentów) kolorowych do drukarek atramentowych, jak również nie podlegają certyfikacji w zakresie innej równoważnej normy.

Zatem tonery ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP – przeznaczone do faksów Panasonic – nie są objęte żadną z norm wskazanych w SWZ i w wezwaniu z 12.01.2023 r.

Uwzględniając powyższe, wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności dla tonerów: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP – których uzupełnienie nie jest obiektywnie możliwe – jest niewłaściwe.

W takich okolicznościach – zasadne jest wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w ramach których Wykonawca potwierdzi, iż zaoferowane tonery ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP spełniają wymagania określone w SWZ, a w szczególności wymagania co do wydajności.

Dodatkowo Tona Tuszu załączyła karty katalogowe i karty charakterystyki tonerów, o których mowa w piśmie, czyli *de facto* oświadczenia producenta tych materiałów eksploatacyjnych marki Prism, RAFCOM R. Z. z Reguł.

W każdej z kart katalogowych pod tabelą z parametrami znajduje się opis zawierający w szczególności następujące oświadczenie tego producenta: *Produkty PRISM zostały przebadane w testach drukujących przy 5% pokryciu strony [dalszą część zdania pogrubiono] wg norm: ISO/IEC 24711, ISO/IEC 19752 oraz ISO/IEC 19798.*

18 stycznia 2023 r. Tona Tuszu o tyle zmieniła zdanie, o ile przesłała Zamawiającemu pismo w następującym brzmieniu (do którego załączyła również wspomniane w jego treści dokumenty):

W uzupełnieniu dokumentów złożonych w dniu 16.01.2023 r. załączam raporty z testów wydajności dla tonerów marki Prism: ZPL-KXFA76ANP, ZPL-KXFA85NP, ZPL-KXFAT92NP przeprowadzonych w oparciu o normę ISO 19752.

Na posiedzeniu 27 stycznia 2023 r. komisja przetargowa Zamawiającego zaaprobowwała wyjaśnienia Tony Tuszu zawarte w pierwszym z powyższych pism jako uzasadniające poczytanie załączonych do drugiego z powyższych pism raportów z testów przeprowadzonych przez producenta tonerów marki Prism jako dokumentów równoważnych do zażądanego w wezwaniu przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 2 ppkt 1 SWZ. Przy czym według komisji przetargowej taka ocena znajduje oparcie w art. 106 ust. 3 pzp (*Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria*) [patrz protokół z posiedzenia podpisany przez wszystkich członków komisji przetargowej pn. „Notatka ze spotkania Komisji Przetargowej...”, str. 2.].

Niezależnie od powyższego komisja przetargowa doszła do następujących wniosków: *W postępowaniu, w wymaganiach określone zostały warunki dopuszczenia materiałów równoważnych. W oparciu o zawarte w tych wymaganiach normy należy stwierdzić, że dotyczyły one tonerów do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych, tonerów do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych, tuszy do atramentowych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych, tuszy do atramentowych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych. Dokumentacja norm nie zawiera stwierdzeń na temat objęcia nimi np. bębnow, pojemników na zużyty toner. Podobnie nie dotyczą one specjalizowanych urządzeń faksujących. Bębny i materiały eksploatacyjne do faksów nie podlegają certyfikacji i nie ma dla nich ustalonych norm podobnie jak dla taśm i folii. W związku z tym Zamawiający uznał, że dla specjalistów znających zawartość wymaganych norm oczywistym jest brak wymagalności przedstawienia wyników testów dla asortymentu, który takimi normami objęty nie jest. W związku z tym nie wymagano tego typu dokumentów m.in. dla bębnow, pojemników na zużyty toner, taśm termotransferowych itd. Należy nadmienić również, że te nietypowe asortymenty zostały umieszczone w kategorii "Inne" w Formularzu cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ), co sugeruje ich funkcjonalne wydzielenie ze względu na ich specyfikę. Firma TonaTuszu.pl sp. z o.o. dla tonerów do faksów przedstawiła wyniki testów, które zostały przeprowadzone zgodnie z wymaganiami normy z zakresie, w którym jest to możliwe. Nie są to testy przeprowadzone przez akredytowane laboratorium, ponieważ nie jest możliwe przeprowadzenie takich testów zgodnie ze wszystkimi warunkami normy. To ograniczenie jest narzucone poprzez zastosowaną konstrukcję tych urządzeń faksujących* [patrz protokół z posiedzenia podpisany przez wszystkich członków komisji przetargowej „Notatka ze spotkania Komisji Przetargowej...”, str. 3.].

Dokumentacja prowadzona przez Zamawiającego ani nie zawiera żadnej z norm, które zostały wskazane jako punkt odniesienia dla wykazania równoważności innych niż oryginalne materiały eksploatacyjne, ani nie wynika z niej, że członkowie komisji przetargowej mieli dostęp do treści tych norm, nie powołano również w tym zakresie biegłego w trybie art. 55 ust. 4 ustawy pzp.

Reasumując, w toku badania zgodności oferty Tony Tuszu z warunkami zamówienia co do równoważnych materiałów eksploatacyjnych Zamawiający wpierv, działając zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami SWZ, wezwał Tonę Tuszu do uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymaganych dla potwierdzenia deklarowanej wydajności tonerów. Następnie, nie tylko bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienia Wykonawcy co do rzekomej niemożności przeprowadzenia badań wydajności tych tonerów według normy ISO/IEC 19798 przez niezależny podmiot posiadający w tym zakresie akredytację, ale bezpodstawnie uznał, że dla tego asortymentu nie wymagał złożenia takiego środka dowodowego, pomimo że wezwania do ich uzupełnienia nie unieważnił. Przy czym skoro Zamawiający uznał karty katalogowe, karty charakterystyki i raport testów wydajności producenta oferowanych materiałów za równoważne przedmiotowe środki dowodowe w rozumieniu art. 106 ust. 3 ustawy pzp, oznacza, że zaniechał badania wykazania przez Tonę Tuszu warunków wynikających z właściwego przepisu, czyli art. 105 ust. 4 ustawy pzp (*Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.*).

Z załączonych do odwołania stron tytułowych instrukcji obsługi wynika, że tylko urządzenie z poz. 608 (model KX-FL501) wygląda jak faks, natomiast urządzenia z poz. 609 (modele KX-FLB813PD i KX-FLB803PD) i poz. 611 (modele KX-MB263PD, KX-MB773PD, KX-MB783PD) wyglądają jak urządzenia wielofunkcyjne, w tym te ostatnie tak są nazywane przez Panasonic.

Przy czym niesporna była okoliczność, że wszystkie urządzenia wskazane w poz. 608, 609 i 611 Formularza asortymentowo-cenowego w zakresie funkcji drukowania oparte są na laserowej technologii wydruku.

Z kolei załączony do pisma procesowego Przystępującego fragmentaryczny wyciąg [karta tytułowa, spis treści i 1. str. właściwej treści] z Normy Międzynarodowej ISO/IEC 19752 Technologia informacyjna – Urządzenia biurowe – Metoda określania wydajności kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych oraz urządzeń wielofunkcyjnych zawierających elementy drukarek (wydanie drugie 01.2017) nie potwierdza forsowanego przez Tonę Tuszu twierdzenia, jakoby wydajność spornych tonerów nie mogła zostać zbadana według tej normy przez akredytowany w tym zakresie niezależny podmiot.

Wręcz przeciwnie, zakresem tej normy objęta jest ocena wydajności w stronach kaset z tonerem (niezależnie od tego, czy są zintegrowane z bębniem światłoczułym i wywoływaczem) stosowanych w monochromatycznych laserowych systemach drukujących, w tym do takich elementów drukujących wszelkich urządzeń wielofunkcyjnych z cyfrowym wejściem drukowania. Przy czym tzw. procedura wstrząsania (zdefiniowana jako określona metoda potrząsania kasetą zgodnie z instrukcją użytkownika) według tej normy nie tyle jest elementem koniecznym procedury testowej, co wymaga odnotowania zastosowania podczas testu [patrz pkt 1. i 3.2. na str. 1.].

Co znamienne, złożony przez Przystępującego wyciąg urywa się właśnie po wspomnianej definicji procedury potrząsania, czyli nie obejmuje całości treści pkt 3. „Terminy i definicje”, w tym odnośnie wariantowego sposobu zdefiniowania końca testu. Tym niemniej za niesporne, bo wprost wynikające z pisma Przystępującego [patrz pkt II.3. na str. 4], należy uznać, że norma przewiduje potrząsanie tonerem w sytuacji blaknięcia druku, czyli jako sposób wydłużenia żywotności tonera, a tym samym odwleczenia końca testu. Jednocześnie Przystępujący konsekwentnie [zarówno w tym samym pkt swojego pisma, jak i na rozprawie] podnosił, że ponieważ po zainstalowaniu w urządzeniu spornych kaset z tonerem od razu cały toner (proszek) zostaje przesypany do bębna, potrząsanie nie może przynieść żadnego skutku.

Paradoksalnie z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający nabył na etapie postępowania wiedzę, że wbrew treści wyjaśnień Tony Tuszu zawartych w piśmie 16 stycznia 2023 r., według normy ISO/IEC 19752 trzykrotne wstrząsanie tonerem nie jest jedynym sposobem zakończenia testu wydajności tonera. Co jednak znamienne, Zamawiający unika odwołania się do praktyki użytkowania posiadanych urządzeń wielofunkcyjnych z funkcją faksu marki Panasonic, a tym bardziej do ich instrukcji obsługi. Musiałby wtedy bowiem przyznać, że z uwagi na konstrukcję tych urządzeń – w których wstrząsanie kasetą z tonerem jest zalecane jest wyłącznie przed jej zainstalowaniem, aby cały proszek przesypał się do bębna podczas łączenia tych modułów – nie znajduje do nich zastosowania procedura wstrząsania, o której mowa w tej normie, jako sposób zakończenia testu wydajności.

Niezależnie od powyższego oczywiście bezpodstawne jest akceptowanie przez

Zamawiającego poczynionego przez Przystępującego rozróżnienia przeprowadzania badań „zgodnie z normą” od „w oparciu o normę” w sytuacji, gdy w kartach katalogowych złożonych przez Tonę Tuszu dla spornych tonerów ich producent chwali się, że zostały one przebadane w testach wg normy ISO/IEC 1975 [zgodnie ze Słownikiem języka polskiego dostępnym pod adresem <https://sjp.pwnm.pl> według to «przyimek wskazujący na zgodność czegoś z czymś, np. *Pociąg przyjechał według rozkładu.*»]. Umknęło również uwadze Zamawiającego, że z jednostronicowych raportów producenta nie wynika, czy przeprowadził testy w kontrolowanym środowisku tj. temperaturze +23°C (+/- 2°C) i wilgotności 50% (+/- 10%).

Natomiast Odwołujący wykazał na rozprawie, że akredytowane Laboratorium Badawcze TÜV Rheinland Polska przyjęłoby zlecenie badania wydajności tonera monochromatycznego do urządzenia Panasonic KX-FLB803PD według normy ISO/IEC 19752:2017 [dowód oznaczony przez Izbę jako „O1”].

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Art. 273 ust. 2 ustawy pzp stanowi w odniesieniu do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne {dalej: „postępowania podprogowe”}, prowadzonych w trybie podstawowym, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy pzp (czyli m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu), wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Z kolei art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp uprawnia zamawiającego w postępowaniach podprogowych do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym zgodnie z przepisami zawartymi w art. 105 ustawy pzp: 1.

- w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę [ust. 1];
- przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30) [ust. 2];

- jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność [ust. 3];
- zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia [ust. 2].

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu,

rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje

za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu

otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

De lege lata obowiązuje również przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W tej sprawie, jak powyżej ustaliła Izba, Przystępujący w zakreślonym przez Zamawiającego terminie ani nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wskazanych wprost w SWZ i treści wezwania, ani nie wykazał, że obiektywnie rzecz biorąc jako wykonawca oferujący w tych trzech przypadkach nieoryginalne materiały eksploatacyjne nie ma ani dostępu do sprawozdań z badań wykonanych przez akredytowaną jednostkę oceniającą zgodność, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie.

W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, który nie wykazał w tych trzech przypadkach, że oferowane przez niego materiały eksploatacyjne są równoważne pod względem wydajności oryginalnym materiałom eksploatacyjnym.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 5 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.