

WYROK
z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lutego 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 lutego 2023 r.** przez wykonawcę: **PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna, ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Krakowski, Al. Słowackiego 20, 30-037 Kraków** przy udziale wykonawcy **Netprint s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna, ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna, ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawcy **PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna, ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź** na rzecz **Powiatu Krakowskiego, Al. Słowackiego 20, 30-037 Kraków** kwotę **398 zł 00 gr** (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek dla Starostwa Powiatowego w Krakowie w 2023 r.” nr sprawy TG.272.3.2022.MP, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.11.2022 r. pod nr 2022/S 223-641495 przez Powiat Krakowski, Al. Słowackiego 20, 30-037 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „pzp” albo „ustawy pzp”.

W dniu 25.01.2023 r. (za pośrednictwem platformy SMARTPZ oraz opublikowana na stronie prowadzonego postępowania pod adresem <https://portal.smartpzp.pl/spwk/module/postepowanie>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Golden Line Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów zwana dalej: „Golden Line Sp. z o. o.” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna, ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź zwana dalej: „PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna” albo „Odwołującym”. Czwartą pozycję w rankingu zajęła oferta NETPRINT S.C. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10, 32060 Oświęcim zwana dalej: „NETPRINT S.C. J. W., B. S.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego”.

Dnia 06.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 25.01.2023 r. złożył PRAXIS Łódź P. i P. Sp. jawna.
Odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Golden Line Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy w/w oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż nie powinna otrzymać 50 pkt w kryterium nr 2 „Jakość” tylko 0 pkt w tym kryterium z uwagi na okoliczność, iż przedstawione przez Wykonawcę raporty z badań dla kolorowych materiałów eksploatacyjnych zamiennych nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798 zatem w/w raporty z badań wydajności nie mogą zostać uznane za dokument potwierdzający równoważność w/w tonerów;
- 2) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu;

Wskazanym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium nr 2 „Jakość” 50 pkt w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę raporty z badań nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych zatem w/w raporty nie potwierdzają równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę tonerów, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania ;

2) art. 105 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, iż Wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności wg standardów normy ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych zgodnie z treścią SWZ co spowodowało przyznanie Wykonawcy 50 punktów w ramach zastosowanego kryterium nr 2 „Jakość” w sytuacji, gdy raporty z w/w badań nie są zgodne z treścią Rozdziału IV Opis przedmiotu zamówienia pkt 7 SWZ i nie potwierdzają zgodności oferowanych zamiennych tonerów z wymaganiami SWZ co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert z zastosowaniem kryteriów oceny ofert wskazanych w treści SWZ w tym przyznanie ofercie Golden Line Sp. z o. o 0 pkt w kryterium nr 2 „Jakość”
- 3) zasądzenie zwrotu kosztów wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego wg faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

W zakresie postępowania dowodowego wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentu tj. wyciągu z normy ISO/IEC 19798:2017 (E) wraz z tłumaczeniem na język polski na okoliczność wykazania, iż przedstawione przez Wykonawcę raporty z badań dla tonerów nie odpowiadają metodologii przeprowadzonych badań i wyliczeń matematycznych, zgodnie z normą ISO/IEC 19798.

Wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wg faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek dla Starostwa Powiatowego w Krakowie w 2023 r.” nr postępowania TG.272.3.2022.MP

Zgodnie z pkt IV Opis przedmiotu zamówienia ppkt 7 SWZ Zamawiający dopuścił stosowanie przez Wykonawcę materiałów równoważnych. Zgodnie z tym pkt. SWZ

Jeśli w opisie przedmiotu zamówienia wskazane są znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, należy je traktować jedynie jako pomoc w opisie przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku dopuszczalne są produkty równoważne pod względem funkcjonalności i parametrów.

Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym poprzez normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy.

Zamawiający dopuszcza stosowanie przez Wykonawcę materiałów równoważnych, ze wskazanymi w dokumentacji. Dopuszcza się więc stosowanie innych niż wskazane za pomocą nazw i symboli producenta materiałów pod warunkiem, że będą one charakteryzowały się równoważnymi, czyli nie gorszymi. parametrami technicznymi istotnymi z punktu widzenia zastosowania tych materiałów (np. wymiary, wytrzymałość, twardość, wydajność, itp.), a do obowiązku Wykonawcy należy wykazanie równoważności tych parametrów. Dopuszczenie materiałów równoważnych będzie możliwe pod warunkiem wcześniejszego zaakceptowania ich przez Zamawiającego. Wykonawca w złożonej ofercie jest zobowiązany wykazać, że ewentualnie oferowane materiały równoważne spełniają powyższe wymagania.

Uwaga!

1) Zastosowanie zamiennych lub równoważnych materiałów musi zostać poprzedzone załączeniem do oferty informacji zawierającej zestawienie przewidzianych do zastosowania materiałów zamiennych. Użyte do wykonania zamówienia materiały winny być w I gatunku jakościowym i wymiarowym, być zgodne z wymogami polskich norm, posiadać atesty i certyfikaty.

2) Zamawiający nie będzie respektował żadnych zarzutów wynikających z nieznamomości przez Wykonawców specyfiki i charakteru dostaw, jeżeli okoliczności te możliwe były wcześniej do ustalenia.

Uwaga:

W przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty:

- Certyfikat ISO 9001 na produkcję i projektowanie zaoferowanych materiałów (nie na obieg dokumentów w firmie);
- Certyfikat ISO 14001; system zarządzania środowiskowego
- Raporty z testów wydajności wykonane wg standardów norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych i normy ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych - wydane przez niezależny akredytowany podmiot uprawniony do kontroli, jakości. Dostarczone raporty z testów wydajności należy opisać, której pozycji z formularza cenowego dotyczą;

– Karty Charakterystyki Bezpieczeństwa materiałów eksploatacyjnych przygotowanych zgodnie w wymogami Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 w sprawie rejestracji oceny, udzielania zezwoleń i stosownych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniających dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94 jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE (Dz.U. UE L 2006 nr 396 s. 1 ze zm.) lub równoważne. Dostarczone Karty Charakterystyki Bezpieczeństwa lub karty równoważne należy opisać, której pozycji z formularza cenowego dotyczą.

Zgodnie z pkt 4 OPZ – Zamawiający wymagał aby materiały równoważne miały wydajność zgodną z normą ISO/IEC 19752, dla tonerów monochromatycznych, dla tonerów kolorowych zgodną z normą ISO/IEC 19798 a dla wkładów atramentowych zgodną z normą ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712;

Zamawiający w dniu 28 listopada 2022 r. dokonał modyfikacji treści SWZ w zakresie opisu sposobu oceny ofert w w/w postępowaniu.

Modyfikacja dotyczyła kryterium oceny ofert „Jakość” oraz sposobu obliczenia oceny ofert. Zamawiający wskazał w treści w/w modyfikacji, iż w ramach kryterium „Jakość: będzie przyznawał 50 pkt za zaoferowanie równoważnych materiałów eksploatacyjnych wraz z wykazaniem równoważności Jeżeli Wykonawca dla materiałów nieoryginalnych nie dołączył dokumentów lub nie wykazał równoważności otrzymuje 0 pkt w kryterium nr 2 jakościowym.

W treści SWZ dokonuje się następującej zmiany:

I. Ustęp 2 i 3 rozdziału XV. *Kryteria oceny ofert i opis sposobu ich obliczenia* otrzymuje brzmienie:

2. Sposób oceny ofert:

Lp.	Opis kryteriów	Waga pkt	Sposób oceny
1.	Cena brutto wykonania zamówienia	50	Ocena ofert w kryterium cena zostanie dokonana według wzoru: $C = C_{min} C_{of} \times 50 \text{ pkt}$ gdzie: C_{min} – najniższa cena brutto przedstawiona w ofertach złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu, C_{bad} – cena brutto oferty badanej
2.	Jakość	50	Ocena ofert w kryterium „jakość” zostanie dokonana w następujący sposób: a) 50 pkt – za zaoferowanie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych opisanych w kol 2-5 załącznika nr 2 do SWZ, b) 50 pkt – za zaoferowanie równoważnych

			<p>materiałów eksploatacyjnych w stosunku do opisanych w kol 2-5 załącznika nr 2 do SWZ wraz z wykazaniem równoważności, c) 0 pkt – za zaoferowanie równoważnych materiałów eksploatacyjnych w stosunku do opisanych w kol 2-5</p>
--	--	--	--

3. Wymagania do kryterium „Jakość”:

W dniu 25.01.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty Golden Line Sp. o.o.

Wykonawca Golden Line zaoferował realizację zamówienia za cenę 645 777,08 i otrzymał w kryterium nr 1 43,93 pkt zaś w kryterium 2 oferując materiały oryginalne i równoważne otrzymał 50,00 pkt łącznie 93,93 pkt.

Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego który zaoferował cenę 747 990,06 zł i otrzymał w tym kryterium 37,93 pkt zaś w kryterium 2 oferując materiały oryginalne otrzymał 50,00 pkt łącznie 87,93 pkt.

Wykonawca dla produktów równoważnych 1-4, 17-19, 22-24, 53-56, 58-61, 62-65, 183-186, 195 załączył raporty z testów wydajności, które w ocenie Odwołującego nie spełniają wymogów SWZ. W/w raporty z badań wydajności dla tonerów kolorowych nie zostały wykonane według standardów normy ISO/IEC 19798. W/w norma dotyczy pomiarów wydajności dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych oraz komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku.

Sformułowany przez Zamawiającego w treści SWZ wymóg obejmował konieczność przedstawienia nie jakiegokolwiek dokumentu zatytułowanego "raport z testów wydajności", lecz dokumentu, który odpowiadałby wymogom określonym w stosownej normie.

Raporty z testów miały potwierdzić wydajność według standardów norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych i normy ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych

Z normy ISO/IEC 19798 z pkt 5 i pkt 6 normy wynika metodologia prowadzonych testów oraz wzór matematyczny do obliczeń wydajności. Ponadto w pkt. 3. 6 normy zdefiniowano pojęcie i sposób obliczania indywidualnej wydajności pojedynczego kartridża, która służy do wyliczenia średniej wydajności. Punkt 3.6 normy ISO/IEC 19798. w tłumaczeniu brzmi następująco: „indywidualna wydajność kartridża to wartość określona na podstawie liczny stron diagnostycznych wydrukowanych pomiędzy zainstalowaniem kartridża z tonerem a końcem jego żywotności pomnożona przez 5”.

Z powyższego wynika, że jeśli indywidualna wartość wydajności testowanego tonera jest wynikiem pomnożenia przez liczbę 5wcześniej wydrukowanych stron diagnostycznych

(pełny wydruk składa się z wydruku 5 wzorcowych stron testowych) to oczywistym jest, że końcowa wartość indywidualnej wydajności tonera musi kończyć się na cyfrę 0 lub 5 (nie da się mnożyć liczb całkowitych przez 5 i uzyskać inny wynik niż liczba kończąca się cyframi jak wyżej).

Raporty wystawione przez Podkarpackie Laboratorium lub BQJ Laboratorium Badawcze dla tonerów kolorowych nie są zgodne z normą ISO/IEC 19798. Z załączonych do oferty Golden Line Sp. z o. o sprawozdań na stronach dotyczących wyników testów wydajności tonerów wskazane zostały obliczenia, które nie odpowiadają zasadom określonym w treści normy ISO/IEC 19798 (strona 6-7 Sprawozdania), gdyż przy określaniu wydajności (przedostania kolumna tabeli) przedstawione zostały wyniki które nie były prawidłowo pomnożone przez liczbę 5. Powyższe jest widoczne we wszystkich przedłożonych przez Wykonawcę raportach z badań.

Odwołujący wskazuje na przykładzie Sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r., iż w przedostatniej kolumnie wydajność wskazano wielkości wydajności które nie były pomnożone przez liczbę 5

Drukarka nr 1

Lp	Numer drukarki	Zestaw nr	Numer seryjny kasety	Temperatura			Wilgotność			Wydajność [strony]	Kaseta użyta do badań
				Sred. °C	Maks. °C	Min. °C	Sred. °C	Maks. °C	Min. °C		
1	CNDTG8MOW9	Zestaw nr 1	17842681(K)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9330	TAK
2			25043644(B)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9330	TAK
3			32464865(M)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9330	TAK
4			16802026(Y)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9330	TAK
5		Zestaw nr 2	18872431(K)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8538	TAK
6			25625302(B)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8538	TAK
7			34262160(M)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8538	TAK
8			162521351(Y)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8538	TAK
9		Zestaw nr 3	18274100(K)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8688	TAK
10			26206332(B)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8688	TAK
11			33128368(M)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8688	TAK
12			15353685(Y)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8688	TAK

Drukarka nr 2

Lp	Numer drukarki	Zestaw nr	Numer kasety	Temperatura			Wilgotność			Wydajność [strony]	Kaseta użyta do badań
				Sred.p °C	Maks. °C	Min. °C	Sred. °C	Maks. °C	Min. °C		
1	CNCTG33KOF6	Zestaw nr 1	26961946(K)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9129	TAK
2			26961946(B)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9129	TAK
3			181112700(M)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9129	TAK
4			15353685(Y)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	9129	TAK
5		Zestaw nr 2	29721026(K)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8496	TAK
6			23285938(B)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8496	TAK
7			18222738(M)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8496	TAK
8			34480213(Y)	23,2	23,6	22,8	44,8	45,3	44,1	8496	TAK
9		Zestaw nr 3	27141670(K)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8266	TAK
10			25583950(B)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8266	TAK
11			18328535(M)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8266	TAK
12			15353685(Y)	22,8	23,3	22,4	45,3	45,7	45,1	8266	TAK

Drukarka nr 3

W związku z błędami w obliczeniach producent nie może zadeklarować minimalnej wydajności dla swojego produktu, gdyż deklarowany wynik jest nieprawidłowy a metoda obliczenia niezgodna z normą ISO/IEC 19798.

Normy ISO/IEC stanowią sformalizowane dokumenty. Skoro zatem same obliczenia i ich wyniki objęte są normą, to błędy w wyliczeniu oznaczają, że nie zastosowano się do wzorów i metod podanych w normie. Z czego należy wyprowadzić wniosek, że przedstawione raporty zawierające błędy w wyliczeniach nie mogą zostać uznane za prawidłowe, gdyż nie zawierają wyliczeń wydajności dokonanych zgodnie z normą.

Raporty z testów wydajności przeprowadzonych zgodnie z normami - z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych należało zakwalifikować jako tzw. dokumenty przedmiotowe. Konsekwencją złożenia przez Wykonawcę raportów z testów które nie potwierdzają, że nie zostały wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798 powoduje, iż Wykonawca nie wykazał parametrów równoważności dla zaoferowanych kolorowych zamiennych materiałów eksploatacyjnych, co powoduje konieczność przyznania Wykonawcy 0 pkt w kryterium „Jakość” zamiast 50 w tym kryterium.

W ocenie Odwołującego istnieją trzy laboratoria posiadające stosowną akredytację do wykonywania badań wydajności tonerów i tuszy w oparciu o normy ISO/IEC 19752/19798/24711. Odwołujący posiada przykładowe prawidłowe raporty z badań przeprowadzonych w oparciu o normę ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych wykonane w dwóch laboratoriach, w których podane wyniki kończą się na „0” lub „5”.

W ocenie Odwołującego opinia techniczna Zamawiającego z dnia 11.01.2023 r. jest nieprzydatna dla rozstrzygnięcia, gdyż nie zawiera żadnego stanowiska odnośnie spełnienia przez raporty z badań wydajności zgodnie z normami ISO/IEC, tym bardziej, iż oceniający pomimo wieloletniego doświadczenia nie spotkał się z zaoferowanym przez Golden Line Sp. z o.o. materiałem zamiennym. W/w opinia techniczna nie zawiera żadnego uzasadnienia technicznego dla poparcia stanowiska, że przedstawiona przez Wykonawcę dokumentacja w tym raporty nie wzbudzą zastrzeżeń, tym bardziej, iż w/w opinia nie zawiera analizy zgodności przeprowadzonych przez Wykonawcę badań z normą ISO/IEC 19798.

Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy pzp dlatego, iż nieprawidłowo przyznał Golden Line sp. z o.o. - 50 pkt w kryterium nr 2 „Jakość” przyjmując, iż Wykonawca na podstawie przedłożonych raportów z badań wykazał cechy równoważności w tym wydajność zgodnie z normą ISO/IEC 19798 dla kolorowych tonerów będących zamiennikami oryginałów, w sytuacji, gdy Wykonawca przedstawił w/w raporty, które nie zostały przeprowadzone zgodnie z normą ISO/IEC 19798.

Mając na uwadze okoliczność, iż w/w raporty z badań nie zostały opracowane zgodnie z normą ISO/IEC 19798 nie można przyjąć, iż Wykonawca wykazał równoważność zaoferowanych produktów zamiennych, co powoduje konieczność przyznania Wykonawcy w ramach kryterium nr 2 „Jakość” 0 pkt zamiast 50 pkt. Zamawiający przyjmując, iż raporty z testów przedstawione przez Wykonawcę są zgodne z treścią Rozdziału IV Opis przedmiotu

zamówienia pkt 7 SWZ oraz, że potwierdzają zgodność oferowanych zamiennych tonerów z wymaganiami SWZ naruszył art. 105 ust. 1 ustawy pzp.

Powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 16 pkt 1) i pkt 2) pzp, tj. zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości. Skoro Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania w zakresie zamiennych materiałów eksploatacyjnych to powinien w sposób równy traktować wykonawców i przyznawać punkty w kryterium nr 2 „Jakość” w przypadku gdy dokumenty przedłożone przez Wykonawcę potwierdzają cechy równoważności. Działanie Zamawiającego, który nieprawidłowo przyznał Golden Line Sp.z o.o. - 50 pkt w ramach kryterium „Jakość” w sytuacji gdy raporty z wyników badań dołączone do oferty w/w Wykonawcy nie potwierdzają równoważności zaoferowanych tonerów stanowi o naruszeniu art. 16 ustawy pzp.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych miały istotny wpływ/mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 06.02.2023 r. (za pośrednictwem platformy SMARTPZ oraz opublikowana na stronie prowadzonego postępowania pod adresem <https://portal.smartpzp.pl/spwk/module/postepowanie>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) NETPRINT S.C. J. W., B. S. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 07.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Golden Line Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 10.02.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Golden Line Sp. z o. o. złożyło pismo procesowe Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania

w całości. W pierwszej kolejności Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczył, iż neguje twierdzenia Odwołującego jakoby przedłożone przez Przystępującego raporty z badań dla kolorowych materiałów eksploatacyjnych zamiennych nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798.

Wyjaśnienia wymaga, iż zakwestionowany przez Odwołującego raport nr 5-WD/2021 sporządzony został przez Pana J. C. przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: CONSULTING-MED J. C., który następnie zbył zorganizowaną część swojego przedsiębiorstwa na rzecz Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. Powyższą zmianę podmiotową potwierdza dokument: Zakres Akredytacji Laboratorium Badawczego wydany przez Polskie Centrum Akredytacji.

Z dokumentu tego wynika, że Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. legitymuje się numerem akredytacji AB 1475 takim samym jakim legitymował się uprzednio Pan J. C..

Zauważył, iż zgodnie z treścią rozdziału IV ust. 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy w przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych dołączyli do oferty m. in. raporty z testów wydajności wykonane według standardów norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych i normy ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych - wydane przez niezależny akredytowany podmiot uprawniony do kontroli, jakości. W tym miejscu wskazać należy, iż raporty przedłożone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego a w szczególności raport nr 5-WD/2021 został wydany przez niezależny, akredytowany przy Polskim Centrum Akredytacji podmiot.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego raport nr 5-WD/2021 został wykonany według standardów normy ISO/IEC 19798, zaś zarzuty Odwołującego co do tej kwestii wynikają tylko i wyłącznie z niewiedzy Odwołującego co do standardów tej normy i procedury badania materiałów eksploatacyjnych.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wyjaśnia, iż badania prezentowane w przedmiotowym Sprawozdaniu z badań o numerze 5-WD/2021 wykonane zostały zgodnie z wymaganiami norm PN ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24712:2007 oraz instrukcji badawczej IB-5.5.11 wydanie 1 z dnia 27 lutego 2020 roku. Norma PN ISO/IEC 19798:2017 opisuje sposób realizacji badania wydajności drukowania tonerów do kolorowych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych zawierających komponenty drukarek. Wskazana norma zawiera szereg wymagań, które należy wdrożyć w celu wykonania badania i właściwego zaprezentowania uzyskanych wyników. Finalnie określanie wydajności drukowania kolorowych tonerów (bo taki typ tonera jest przedmiotem odwołania) polega na wydruku zdefiniowanych w normie ISO/IEC 24712:2007 stron diagnostycznych (pakiet pięciu stron testowych).

Sposób oceny końca eksploatacji tonerów jest określony w normie PN ISO/IEC 19798:2017 i może on być identyfikowany poprzez tzw. „zatrzymanie” druku lub poprzez tzw. „blaknięcie” wydruku.

Blaknięcie należy oceniać prowadząc obserwację każdej piątej strony diagnostycznej pakietu. Ponieważ w przypadku tzw. „blaknięcia” koniec eksploatacji określany jest przez pracownika z wykorzystaniem zmysłu wzroku, metoda ta ma znamiona metody sensorycznej, która w tym przypadku stanowi narzędzie analityczne. Ogólnie analizy sensoryczne są wykorzystywane do pomiaru reakcji na te cechy materiałów, które są odbierane przez zmysły wzroku oraz nie mające zastosowania w omawianej metodzie zmysły węchu, smaku, dotyku i słuchu.

Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. świadome istoty badania, łącznie z wymaganiami normy PN ISO/IEC 19798:2017 dodatkowo wdrożyło wytyczne zawarte w dokumencie EA 4/09 „Akredytacja laboratoriów badań sensorycznych” (EA Europejska Współpraca w dziedzinie Akredytacji). Dokument EA 4/09 stanowi uzupełnienie normy ISO/IEC 17025 i zawiera specyficzne wytyczne dotyczące akredytacji laboratoriów badań sensorycznych. Przedstawia szczegółowe wytyczne dotyczące interpretacji normy ISO/IEC 17025 dla personelu wykonującego badania sensoryczne.

Niniejszy dokument jest przeznaczony do użytku przez laboratoria (akredytowane i nieakredytowane), auditorów zaangażowanych w ocenę laboratoriów sensorycznych oraz jednostki akredytujące.

Do oceny końca eksploatacji/analizy sensorycznej w Podkarpackim Laboratorium Badawczym Sp. z o.o. powołano Zespół oceniający, składający się z trzech osób. Wynik końcowy eksploatacji tonerów jest prezentowany jako średnia z trzech wyników końca eksploatacji tonera (które zawsze zawierają liczby kończące się cyframi 0 lub 5) wskazanych przez każdego z pracowników (trzy strony diagnostyczne wskazane przez trzech pracowników). Tak realizowana ocena końca eksploatacji pozwala na obiektywną a nie subiektywną ocenę wydajności tonerów i z większą dokładnością pozwala określić wydajności poszczególnych kaset z tonerem.

Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia zauważyć należy, iż Odwołujący zarzucił błędne zastosowanie przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. normy podstawowej jaką jest norma ISO/IEC 19798 całkowicie pomijając kwestię tego, że akredytowane Laboratoria Badawcze zobowiązane są dodatkowo do stosowania normy ISO/IEC 17025, która to norma jako jedną z dopuszczalnych metod badania wydajności traktuje metodę sensoryczną. Metoda sensoryczna dopuszcza prezentowanie wyniku badania wydajności materiału eksploatacyjnego w formie średniej arytmetycznej liczb kończących się cyframi 0 lub 5. W tej sytuacji wynik średniej arytmetycznej naturalnie rzecz biorąc nie będzie się kończył w/w cyframi, jednakże nie stanowi to naruszenia normy

ISO/IEC 19798 bowiem liczby brane do wyliczenia średniej zawsze są liczbami kończącymi się cyfrą 0 lub 5.

Ponadto Przystępujący po stronie Zamawiającego zarzuca, że analiza postanowień normy ISO/IEC 19798 dokonana przez Odwołującego jest wybiórcza i ma za zadanie przedstawić jedyny w ocenie Odwołującego wynik badań wydajności, zgodnie z którym wydajność materiału eksploatacyjnego określona winna być liczbą kończącą się cyframi 0 lub 5. Powyższe wynikać ma zdaniem Odwołującego z treści pkt 3.6 normy ISO/IEC 19798, która to regulacja została przetłumaczona przez Odwołującego na język polski.

Zauważył, iż Odwołujący celowo nie przetłumaczył zastrzeżenia znajdującego się pod pkt 3.6 normy ISO/IEC 19798, z którego wynika, że: *„Uwaga 1 do wpisu: Jeśli drukarka zatrzyma się z powodu braku tonera (3.4) w środku zestawu stron testowych, liczba wydrukowanych stron diagnostycznych jest zliczana. Następnie pierwsza strona diagnostyczna zawieszona zadania drukowania jest dołączana do kolejnej wydajności kasety. Liczba zliczonych zestawów stron testowych może zawierać kilka stron, które pokazują widoczny zanik (3.1). Aby ułatwić testowanie, określenie końca życia (3.5) odbywa się tylko na stronie diagnostycznej (strona 5)”*.

Powyższe zastrzeżenie oznacza, że w przypadku zatrzymania drukarki z powodu braku tonera liczba wydrukowanych stron testowych jest zliczana do wydajności kolejnej kasety. Z uwagi na fakt, iż drukarka może zatrzymać się w dowolnym momencie wynik wspomnianego „zliczenia” nie zawsze kończyć się wydajnością określoną liczbą zakończoną cyframi 0 lub 5.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty w trybie art. 55 ust. 4 ustawy pzp zasięgnął opinii zewnętrznego podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną a to Pana K. W. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K. W. MEGATON. Opinia wskazanego podmiotu dotyczyła m. in. analizy dokumentów potwierdzających równoważność zamiennych materiałów eksploatacyjnych.

W tym zakresie Pan K. W. orzekł, że przedłożona przez Przystępującego po stronie Zamawiającego dokumentacja w tym certyfikaty nie budzą wątpliwości. Bez znaczenia pozostaje przy tym, że Pan K. W. stwierdził, że podczas swojego doświadczenia nie miał do czynienia z materiałami wyprodukowanymi przez Golden Line Sp. z o.o. bowiem stwierdzenie to nie wpływa w żaden sposób na jego ocenę co do tego, że przedłożone przez Przystępującego raporty z badań spełniają wymagania Zamawiającego.

Reasumując w przedstawionym stanie faktycznym nie sposób stwierdzić, że przedłożone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego raporty z badań dla kolorowych materiałów eksploatacyjnych zamiennych nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798. W tej sytuacji za chybione należy uznać zarzuty odwołania jakoby

Zamawiający w niniejszej sprawie naruszył art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy pzp oraz art. 105 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy pzp.

W dniu 15.02.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W ocenie Zamawiającego, zarzuty podniesione w odwołaniu są bezpodstawne. W zasadzie ograniczają się do kwestionowania przedłożonych przez Golden Line Sp. z o.o. niektórych raportów z badań dla kolorowych materiałów eksploatacyjnych zamiennych, które według Odwołującego nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798.

Wyjaśnił, że Zamawiający w SWZ dopuścił stosowanie materiałów zamiennych lub równoważnych, żądając jednak w takim przypadku od Wykonawcy m.in. raportów z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych i normy ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych - wydane przez niezależny akredytowany podmiot uprawniony do kontroli jakości.

Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. takie raporty dostarczył. Zostały one sporządzone przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. oraz CONSULTING-MED J. C. BQJ Laboratorium Badawcze (którego następcą w tym zakresie jest Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o.). Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania przedstawionych raportów. Należy podkreślić, że Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. posiada akredytację nr AB 1475 wydaną przez Polskie Centrum Akredytacji. Na mocy ustawy o systemie oceny zgodności i nadzoru rynku, do zakresu działania PCA należy, między innymi, akredytowanie jednostek oceniających zgodność, sprawowanie nad nimi nadzoru w zakresie przestrzegania przez nie warunków akredytacji oraz prowadzenie wykazu akredytowanych jednostek oceniających zgodność. PCA działa zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, w rozporządzeniu (WE) 765/2008, normie PN-EN ISO/IEC 17011 :2017 Ocena zgodności. Wymagania dla jednostek akredytujących prowadzących akredytację jednostek oceniających zgodność oraz zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z zawartych wielostronnych porozumień EA MLA, ILAC MRA, IAF MLA. W zakresie akredytacji weryfikatorów EMAS, PCA działa zgodnie z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu nr 1221/2009 oraz wytycznymi Forum of Accreditation and Licencing Bodies (FALB).

W związku z powyższym, posiadanie akredytacji świadczy o spełnieniu wszelkich norm jakościowych do prowadzenia badań w zakresie posiadanej akredytacji. Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. posiada akredytację m.in. w zakresie „Badania inne — wyroby inne — materiały eksploatacyjne do drukarek, kopiarek i urządzeń”. Sporządzenie

raportu z testów wydajności sporządzone przez taką jednostkę korzysta z domniemania wykonania ich zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami.

Dodatkowo, w zakresie zarzutów Odwołującego, Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. wyjaśniło, iż badania zostały wykonane zgodnie z wymaganiami norm PN ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24712:2007 oraz instrukcji badawczej IB-5.5.11 wydanie 1 z dnia 27.02.2020. Określanie wydajności drukowania kolorowych tonerów polega na wydruku zdefiniowanych w normie ISO/IEC 24712:2007 stron diagnostycznych (pakiet pięciu stron testowych). Sposób oceny końca eksploatacji tonerów jest określony w normie PN ISO/IEC 19798:2017 i może on być identyfikowany poprzez tzw. „zatrzymanie” druku lub poprzez tzw. „blaknięcie” wydruku. Blaknięcie należy oceniać prowadząc obserwację każdej piątej strony diagnostycznej pakietu. Ponieważ w przypadku tzw. „blaknięcia” koniec eksploatacji określany jest przez pracownika z wykorzystaniem zmysłu wzroku, metoda ta ma znamiona metody sensorycznej. Laboratorium łącznie z wymaganiami normy PN ISO/IEC 19798:2017 dodatkowo wdrożyło wytyczne zawarte w dokumencie EA 4/09 „Akredytacja laboratoriów badań sensorycznych” (EA Europejska Współpraca w dziedzinie Akredytacji). Dokument EA 4/09 stanowi uzupełnienie normy ISO/IEC 17025 i zawiera specyficzne wytyczne dotyczące akredytacji laboratoriów badań sensorycznych. Przedstawia szczegółowe wytyczne dotyczące interpretacji normy ISO/IEC 17025 dla personelu wykonującego badania sensoryczne.

Jak wyjaśniono, w tych konkretnych badaniach do oceny końca eksploatacji/analizy sensorycznej w Laboratorium powołano Zespół Oceniający, składający się z trzech osób. Wynik końcowy eksploatacji tonerów jest prezentowany jako średnia z trzech wyników końca eksploatacji tonera wskazanych niezależnie przez każdego z pracowników (trzy strony diagnostyczne wskazane przez trzech pracowników). Tak realizowana ocena końca eksploatacji pozwala na obiektywną a nie subiektywną ocenę wydajności tonerów i z większą dokładnością pozwala określić wydajności poszczególnych kaset z tonerem. W związku z powyższym, prezentowane w sprawozdaniach z badań wyniki wydajności drukowania tonerów są średnią z trzech wyników i nie będą w każdym przypadku kończyć się cyfrą „0” lub „5”. Tym samym zarzut Odwołującego, iż wynik raportu zawsze powinien kończyć się cyfrą „0” lub „5” jest bezpodstawny, a tym samym nie można uznać, że raporty wystawione przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. nie są zgodne z normą ISO/IEC 19798, jak utrzymuje Odwołujący.

Podkreślił, że Zamawiający wymagał raportów z testów wydajności sporządzonych przez niezależny akredytowany podmiot uprawniony do kontroli jakości. Przedmiotem postępowania Zamawiającego nie była weryfikacja poprawności sporządzenia tych raportów, a jedynie fakt czy zostały przedstawione przez wykonawcę czy nie i czy są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Jak wskazuje art. 105 ust. 1 pzp, zamawiający może żądać

od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę 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. Przedłożenie wymaganych dokumentów, sporządzonych przez uprawnione podmioty, daje Zamawiającemu gwarancję, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia będzie zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający nie ma narzędzi, ani nawet uprawnień, aby kwestionować przedłożone dokumenty spełniające określone w przepisach wymogi.

Podkreślił, że Zamawiający dochował szczególnej staranności w prowadzonym postępowaniu i w ocenie złożonych ofert. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty w trybie art. 55 ust. 4 pzp zasięgnął opinii zewnętrznego podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną - Pana K. W. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K. W. MEGATON. Opinia dotyczyła m. in. analizy dokumentów potwierdzających równoważność zamiennych materiałów eksploatacyjnych. W tym zakresie Pan K. W. orzekł, że przedłożona przez Golden Line Sp. z o.o. dokumentacja, w tym raporty, nie budzą wątpliwości. Wyjaśnił również, że według testów przeprowadzonych przez akredytowane instytucje zamienniki oferują wydajność nie niższą niż odpowiedni oryginalny materiał eksploatacyjny. Również po wpłynięciu odwołania, zasięgnięto informacji w Podkarpackim Laboratorium Badawczym Sp. z o.o. Udzielone wyjaśnienia nie potwierdziły zarzutów odwołania.

Podsumowując stwierdził, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty względem raportów z badań dla kolorowych materiałów eksploatacyjnych zamiennych, iż rzekomo nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798, są bezpodstawne. W rezultacie bezzasadne są zarzuty odwołania jakoby Zamawiający w niniejszej sprawie naruszył art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy pzp oraz art. 105 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (Przystępujący po stronie Odwołującego nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, modyfikacji treści SWZ z 28.11.2022 r., oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego i załączonych do oferty na potwierdzenie równoważności materiałów eksploatacyjnych raportów z badań, tj. sprawozdań CONSULTING-MED J. C. BQJ Laboratorium Badawcze, w tym w szczególności sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r., jak i sprawozdań Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o., pisma Zamawiającego z 29.12.2022 r. o powołanie eksperta i wydanie specjalistycznej opinii dotyczącej materiałów eksploatacyjnych zaoferowanych przez Wykonawców, opinii z 11.01.2023 r. zewnętrznego podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną - Pana K. W. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K. W. MEGATON, protokołu nr 4 z 24.01.2023 r., oceny punktacji ofert oraz pod względem ceny rażąco niskiej złożonych ofert przez Komisje Przetargową oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25.01.2023 r.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Sprawozdanie nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r. CONSULTING-MED J. C. BQJ Laboratorium Badawcze;
- 2) Wyciąg z normy ISO/IEC 19798 wraz z tłumaczeniem.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego do swojego pisma:

1. Zakres Akredytacji Laboratorium Badawczego wydany przez Polskie Centrum Akredytacji dla Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. celem wykazania faktu: następstwa prawnego pomiędzy Panem J. C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: CONSULTING-MED J. C. oraz Podkarpackim Laboratorium Badawczym Sp. z o.o.; posiadania przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji;
2. Dokument EA 4/09 G:2022 „Akredytacja laboratoriów badań sensorycznych” (EA Europejska Współpraca w dziedzinie Akredytacji); celem wykazania faktu: dopuszczalności stosowania metody sensorycznej podczas badania materiałów eksploatacyjnych według standardów normy ISO/IEC 19798;
3. Opinia Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. zawarta w piśmie z dnia 09.02.2023 r. celem wykazania faktu: dopuszczalności stosowania metody sensorycznej

podczas badania materiałów eksploatacyjnych według standardów normy ISO/IEC 19798; cech charakterystycznych metody sensorycznej.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Pismo Zamawiającego z 09.02.2023 r. skierowane Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o.;
- 2) Sprawozdania nr 13-WD/2022 z 31.05.2022 r., 10-WD/2022 z 10.05.2022 r., 25-WD/2021 z 02.11.2021 r., 29-WD/2021 z 17.12.2021 r., 2-WD/2022/P z 04.05.2022 r. Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o.;
- 3) Tłumaczenia wyciągu z normy ISO/IEC 19798;
- 4) Odpowiedzi Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. z 09.02.2023 r.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła także złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- 1) Kopię oferty dla 15 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin nr postępowania „25-ZP-03-22-39” wraz z formularzem cenowym;
- 2) Kopię oferty dla Jednostki Wojskowej Nr 3964, ul. 11 Listopada 17/19, 00-909 Warszawa” nr postępowania JW3964-SZP.2612.8.2022 wraz z formularzem cenowym.

Izba pominęła raporty złożone przez Przystępującego na rozprawie wraz ze wskazanymi ofertami (wymienione w piśmie Odwołującego złożonym po zamknięciu rozprawy 17.02.2023 r.) uznając, że zaistniały daleko idące wątpliwości, co do ich wiarygodności i pochodzenia, uznając w tym zakresie stanowisko wynikające z pisma, w którym Odwołujący wnioskuje o otwarcie na nowo rozprawy, w wypadku ich uznania. W ocenie Izby nie mają one istotnego znaczenia dla przedmiotu sporu. W konsekwencji zaniechając otwarcia na nowo rozprawy, gdyż tylko pod tym warunkiem tzn. uznania tych dowodów wniosek niniejszy aktualizował się.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła również złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Raport z badań nr 26633694-8/2019 TÜVRheinland;
 - 2) Raport z badań nr 26634221-7/2021 TÜVRheinland;
 - 3) Raport z badań nr 41/2022.002 Centrum Badawczego NAVOR (tajemnica przedsiębiorstwa);
- na okoliczność przeprowadzenia badań zgodnie z normą ISO 19798.

Względem złożonej przez Odwołującego ekspertyzy z 14.02.2023 r., prof. dr hab. inż. M. W. (załączono do niej pierwszą stroną Sprawozdania nr 5-WD/2022 z 28.03.2022 r., jak i str. od 2 do 6 Sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r. oraz

Akredytację Laboratoriów Badawczych Polskiego Centrum Akredytacji – DAB - 07), Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna stanowi stanowisko strony, w tym także w tym wypadku Odwołującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego (Przystępujący po stronie Odwołującego nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium nr 2 „Jakość” 50 pkt w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę raporty z badań nie były wykonane według standardu normy ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych zatem w/w raporty nie potwierdzają równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę tonerów, co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania;
- 2) art. 105 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, iż Wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności wg standardów normy ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych zgodne z treścią SWZ co spowodowało przyznanie Wykonawcy 50 punktów w ramach zastosowanego kryterium nr 2 „Jakość” w sytuacji, gdy raporty z w/w badań nie są zgodne z treścią Rozdz. IV Opis

przedmiotu zamówienia pkt 7 SWZ i nie potwierdzają zgodności oferowanych zamiennych tonerów z wymaganiami SWZ co naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie. Spór nie dotyczył stanu faktycznego, ale oceny czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście tego czy raporty z w/w badań Przystępującego załączonego do oferty są zgodne z treścią Rozdz. IV Opis przedmiotu zamówienia pkt 7 SWZ i potwierdzają zgodności oferowanych zamiennych tonerów z wymaganiami SWZ (Raporty z testów miały potwierdzić wydajność według standardów norm ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych i normy ISO/IEC 24711; ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych - wydane przez niezależny akredytowany podmiot uprawniony do kontroli, jakości), w tym także z uwzględnieniem modyfikacji SWZ z 28.11.2022 r.

Jednocześnie po zamknięciu rozprawy wpłynęło pismo Odwołującego w dniu 17.02.2023 r.: „ (...)mając na uwadze złożenie przez pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego Golden Line Sp. o.o. na rozprawie KIO w dniu 16.02.2023 r. nieprawdziwych dowodów tj. raportów z testów wydajności składanych rzekomo przez PRAXIS do 2 postępowań przetargowych prowadzonych przez :

-15 Wojskowy Oddział Gospodarczy”, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin nr postępowania „25-ZP-03-22-39”

- Jednostkę Wojskową Nr 3964, ul. 11 Listopada 17/19, 00-909 Warszawa” nr postępowania JW3964-SZP.2612.8.2022

mając na uwadze okoliczność, iż w/w dowody (raporty) zgłoszone przez Przystępującego – Golden Line Sp. z o.o. są nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym oraz wprowadziły w błąd Komisję, Odwołującego oraz Zamawiającego wnoszę o:

1) pominięcie przez Komisję dowodów (raportów z testów wydajności) złożonych przez pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego - Golden Line Sp. o.o. na rozprawie w dniu 16.02.2023 r. z uwagi na okoliczność, iż w/w dowody są nieprawdziwe oraz wprowadzają strony w błąd sugerując, że Odwołujący składa nieprawidłowe raporty w postępowaniach o zamówienie publiczne,

ewentualnie w przypadku uznania, iż w/w okoliczności mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wnoszę o:

2) otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy po jej zamknięciu z uwagi na ujawnienie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania na podstawie art. 551 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopuszczenie dowodu z dokumentów, (raportów) które Odwołujący

faktycznie złożył w przywołanych przez Golden Line Sp. z o.o. postępowaniach przetargowych, które były prawidłowe zgodnie z normami ISO/IEC. (...)

Odwołujący wskazuje, że Przystępujący po stronie Zamawiającego Golden Line Sp. zo.o. - działając przez umocowanego pełnomocnika w sposób całkowicie bezprawny przedstawił na terminie rozprawy toczącej się przed Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 16.02.2023 r. w sprawie sygn. akt KIO 313/23 nieprawdziwe informacje dotyczące składanych rzekomo przez PRAXIS Spółkę jawną z siedzibą w Łodzi następujących raportów z testów wydajności tj.

- 1) raport nr 14/2021.001 z dnia 19.08.2021 wydany przez Laboratorium Badawcze NAVOR
- 2) raport nr 17/2021.101z dnia 09.09.2021 wydany przez Laboratorium Badawcze NAVOR
- 3) raport nr 38/2021.001 z dnia 15.09.2021 wydany przez Laboratorium Badawcze NAVOR
- 4) raport nr 40/2021.001 z dnia 15.09.2021 wydany przez Laboratorium Badawcze NAVOR
- 5) raport nr 26633138-1/2017.001 z dnia 02.10.2017 wydany przez Laboratorium Badawcze TUV Rheinland Polska.

w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych dla :

- a) „15 Wojskowy Oddział Gospodarczy”, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin do oznaczenia 25-ZP-03-22-39”
- b) „Jednostka Wojskowa Nr 3964, ul. 11 Listopada 17/19, 00-909 Warszawa” do oznaczenia JW3964-SZP.2612.8.2022

Nieprawdziwe informacje przedstawione przez Golden Line Sp. o.o. dotyczące przedłożonych raportów z testów wydajności, miały w ocenie Przystępującego potwierdzić nieprawidłowości w raportach z testów wydajności składanych rzekomo przez PRAXIS Łódź Spółka jawna z siedzibą w Łodzi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Raporty przedstawione w trakcie rozprawy w KIO przez pełnomocnika firmy Golden Line nigdy nie były przez Odwołującego używane ani nigdzie nie były składane przez Odwołującego do żadnego postępowania przetargowego i nie jest znane Odwołującemu ich pochodzenie. W/w dokumenty nie były nigdy w posiadaniu Odwołującego. Miejsce i forma ich przekazania uniemożliwiły natychmiastową weryfikację dokumentów na sali rozpraw. Dopiero po zakończeniu rozprawy i skontaktowaniu się z pracownikiem Odwołującego odpowiedzialnym za archiwum dokumentacji przetargowych stwierdzono nadużycie prawa ze strony Przystępującego polegające na posłużeniu się w toku postępowania dowodowego nieprawdziwymi dokumentami w zakresie raportów z testów wydajnościowych, które nigdy nie były w posiadaniu PRAXIS ŁÓDŹ oraz które nigdy nie były złożone przez Spółkę PRAXIS ŁÓDŹ w w/w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W/w dokumenty wprowadzają w błąd Krajową Izbę Odwoławczą oraz Zamawiającego - Powiat Krakowski i stawiają w niekorzystnym świetle Odwołującego, pomawiając Spółkę PRAXIS ŁÓDŹ o składanie nieprawidłowych raportów z testów wydajności niezgodnie

z normami ISO/IEC, która to okoliczność może naruszać dobre imię Spółki PRAXIS ŁÓDŹ jako Wykonawcy, który od lat jest ceniony w swojej branży.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wezwał Przystępującego do zaniechania naruszenia dóbr osobistych i usunięcia skutków naruszenia poprzez złożenie do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 313/23 w terminie do dnia 20 lutego 2023 r. oświadczenia o treści „Oświadczamy, że podczas rozprawy w dniu 16 lutego 2023r. w sprawie o sygn. akt: KIO 313/23 toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) wprowadziliśmy w błąd skład orzekający KIO i uczestników postępowania tj. Zamawiającego - Powiat Krakowski oraz Odwołującego- Praxis Łódź P. i P. sp.j. informując, że Odwołujący wykorzystuje nieprawidłowe przedłożone przez naszego pełnomocnika podczas rozprawy raporty w postępowaniach o zamówienie publiczne. Przepraszamy za podawanie nieprawdy na temat działań Odwołującego.”, pod rygorem podjęcia dalszych kroków prawnych.

Dowód: wezwanie Golden Line do zaniechania naruszenia dóbr osobistych.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o pominięcie dowodów (raportów z testów wydajności) złożonych przez pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego-Golden Line Sp. o.o. na rozprawie w dniu 16.02.2023 r., gdyż w/w dokumenty nie odpowiadają rzeczywistości i są nieprawdziwe.

W przypadku uznania, iż w/w okoliczności mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wnoszę o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy po jej zamknięciu z uwagi na ujawnienie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania na podstawie art. 551 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopuszczenie dowodu z dokumentów (raportów) które Odwołujący faktycznie złożył rzeczywiście w przywołanych przez Golden Line Sp. z o.o. postępowaniach przetargowych, które były prawidłowe, zgodne z normami ISO/IEC tj

1) dla formularza cenowego złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez „15 Wojskowy Oddział Gospodarczy”.: raport z badań 58/2021.001, raport z badań 6/2022.001, raport nr 38/2021.001 wraz z umową o zachowaniu poufności

2) dla formularza cenowego złożonego w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego przez „Jednostka Wojskowa Nr 3964, raport z badań nr 38/2021.002, raport z badań nr 6/2022.001, raport z badań nr 40/2021.001, umowa o zachowaniu poufności.

W/w raporty są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są ujawnione do wiadomości publicznej, ponadto wnosimy o dopuszczenie dowodu w postaci pisma Zleceniodawcy w/w raportów potwierdzające popełnione przez Golden Line nadużycie.

Otwarcie rozprawy na nowo jest uzasadnione wyłącznie w sytuacjach ekstraordynaryjnych, kiedy to ujawnią się nowe okoliczności bądź pojawią się nowe wnioski dowodowe. Otwarcie na nowo rozprawy może uzasadniać działanie Przystępującego Golden Line Sp. o.o. który przedstawił na rozprawie w dniu 16.02.2023 r. nieprawdziwe dowody.

Przedstawione przez Odwołującego prawidłowe raporty potwierdzają rzeczywisty stan faktyczny sprawy i stanowi odpowiedź Odwołującego na nadużycie dokonane przez firmę Golden Line p. z o.o., która to firma Przystępującego naruszyła w toku postępowania art. 16 ustawy Pzp wprowadzając w błąd strony postępowania. W/w raporty wskazują na istotne okoliczności związane z badaniami wydajności pojedynczych kaset i wskazują, że w zakresie indywidualanej wydajności kasety z tonerami wydajności kończą się cyfrą 0 lub cyfra 5, która to okoliczność potwierdza zgodność w/w raportów z normą ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych.

Dowód:

1) dla formularza cenowego złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez „15 Wojskowy Oddział Gospodarczy”.: raport z badań 58/2021.001, raport z badań 6/2022.001, raport nr 38/2021.001 wraz z umową o zachowaniu poufności

2) dla formularza cenowego złożonego w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego przez „Jednostka Wojskowa Nr 3964, raport z badań nr 38/2021.002, raport z badań nr 6/2022.001, raport z badań nr 40/2021.001, umowa o zachowaniu poufności.

Odwołujący wskazuje, że w/w raporty załączone do niniejszego pisma mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, nie były ujawnione publicznie i są przeznaczone wyłącznie dla Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący oświadcza, iż odpis w/w pisma został przesłany elektronicznie Przystępującemu po stronie Zamawiającego, Zamawiającemu oraz Przystępującemu po stronie Odwołującego. (...)

W odpowiedzi Przystępujący po stronie Zamawiającego w dniu 20.02.2023 r. wskazał: „(...) Działając w imieniu i na rzecz Przystępującego po stronie Zamawiającego - Golden Line Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, w odpowiedzi na pismo wniesione przez Odwołującego PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi w dniu 17 lutego 2023 roku po zamknięciu rozprawy w sprawie prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 313/23 niniejszym wskazuję co następuje.

I. Brak wprowadzenia Krajowej Izby Odwoławczej w błąd przez Przystępującego po stronie Zamawiającego co do treści przedłożonych dowodów z dokumentów

Podczas rozprawy, która miała miejsce przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16 lutego 2023 roku pełnomocnik Przystępującego po stronie Zamawiającego wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. oferty złożonej przez PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy pod numerem 25-ZP-03-22-39;

2. oferty złożonej przez PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 3964 pod numerem 12/2022/Z;
3. raportu nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku wydanego przez Centrum Badawcze NAVOR dla tonerów: CROTON CGT-K-TK5140BK, CROTON CGT-K-TK5140C, CROTON CGT-K-TK5140Y oraz CROTON CGT-K-TK5140M;
4. raportu nr 17/2021.101z dnia 09 września 2021 roku wydanego przez Centrum Badawcze NAVOR dla tonerów: CROTON CGT-H-CB540A, CROTON CGT-H-CB541A, CROTON CGT-H-CB542A oraz CROTON CGT-H-CB543A;
5. raportu nr 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku wydanego przez Centrum Badawcze NAVOR dla tonerów: CROTON CGT-K-TK8305BK, CROTON CGT-K-TK8305BK, CROTON CGT-K-TK8305Y oraz CROTON CGT-K-TK8305M;
6. raportu nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku wydanego przez Centrum Badawcze NAVOR dla tonerów: CROTON CGT-K-TK590BK, CROTON CGT-K-TK590C, CROTON CGT-K-TK590Y oraz CROTON CGT-K-TK590M;
7. raportu nr 26633138-1/2017.001 z dnia 02 października 2017 roku wydanego przez Laboratorium Badawcze TUV Rheinland Polska dla toneru ActiveJet ATB-325BN.

Wskazać należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy pod numerem 25-ZP-03-22-39 PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi zaoferował materiały eksploatacyjne zamiennie do urządzeń drukujących firmy Guangzhou Createch Group Polska oznaczone kodami: CROTON CGT-H-CB540A, CROTON CGT-H-CB541A, CROTON CGT-H-CB542A CROTON CGT-H-CB543A, CROTON CGT-K-TK8305BK, CROTON CGT-K-TK8305C, CROTON CGT-K-TK8305Y, CROTON CGT-K-TK8305M, CROTON CGT-K-TK5140BK, CROTON CGT-K-TK5140C, CROTON CGT-K-TK5140Y oraz CROTON CGT-K-TK5140M (pozycje nr 9-12, 17-20, 147-150, 155-158 formularza cenowego).

Jednocześnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 3964 pod numerem 12/2022/Z PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi zaoferował materiały eksploatacyjne zamiennie do urządzeń drukujących firmy Guangzhou Createch Group Polska oznaczone kodami: CROTON CGT-K-TK590BK, CROTON CGT-K-TK590C, CROTON CGT-K-TK590Y, CROTON CGT-K-TK590M, CROTON CGT-K-TK8305BK, CROTON CGT-K-TK8305C, CROTON CGT-K-TK8305Y, CROTON CGT-K-TK8305M, CROTON CGT-K-TK5140BK, CROTON CGT-K-TK5140C, CROTON CGT-K-TK5140Y oraz CROTON CGT-K-TK5140M (pozycje nr 25-28, 38-41, 50-53 formularza cenowego).

Dla w/w materiałów eksploatacyjnych zamiennych do urządzeń drukujących firmy Guangzhou Createch Group Polska sporządzone zostały przez Centrum Badawcze NAVOR

raporty z badań nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101z dnia 09 września 2021 roku, 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku. Okoliczność, że raporty te zostały sporządzone przez Centrum Badawcze NAVOR i funkcjonowały w obrocie potwierdza pismo Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. z dnia 17 lutego 2023 roku przedłożone przez PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi przy piśmie tego podmiotu, które skierowane zostało do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2023 roku po zamknięciu rozprawy w sprawie prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 313/23.

Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadcza, iż wszedł w posiadanie w/w raportów sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR wskutek udostępnienia ich przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym INF/353/2021.

W tym miejscu wskazać należy, iż PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi składając oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy pod numerem 25-ZP-03-22-39 oraz przez Jednostkę Wojskową nr 3964 pod numerem 12/2022/Z zastrzegł jak tajemnicę przedsiębiorstwa raporty z badań materiałów eksploatacyjnych zamiennych do urządzeń drukujących przedłożone wraz z ofertami. W tej sytuacji Przystępujący po stronie Zamawiającego nie miał wiedzy jakie raporty zostały przedłożone przez PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi, jednakże pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, że są to raporty przedłożone przez pełnomocnika Przystępującego na rozprawie która miała miejsce przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16 lutego 2023 roku bowiem raporty te dotyczyły materiałów o tożsamych kodach do tych, które Odwołujący zaoferował w w/w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Podkreślenia wymaga, iż Przystępujący po stronie Zamawiającego dowiedział się o tym, że PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi przedstawił we wskazanych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych inne raporty aniżeli te, które zostały przedłożone przez pełnomocnika Przystępującego w trakcie rozprawy w dniu 16 lutego 2023 roku dopiero po zapoznaniu się z pismem Odwołującego z dnia 17 lutego 2023 roku wniesionym po zamknięciu rozprawy w sprawie prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 313/23.

Wobec powyższego Przystępujący po stronie Zamawiającego prostuje stanowisko swojego pełnomocnika wyrażone na rozprawie, która miała miejsce przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16 lutego 2023 roku stwierdzając, że Odwołujący PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi składając oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy pod numerem 25-ZP-03-22-39 oraz przez Jednostkę Wojskową nr 3964 pod numerem 12/2022/Z nie przedłożył

do ofert raportów z badań sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101 z dnia 09 września 2021 roku, 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku.

Z ostrożności procesowej Przystępujący po stronie Zamawiającego wskazuje, iż opisane okoliczności przedłożenia na rozprawie w dniu 16 lutego 2023 roku dowodów z dokumentów nie pozwalają stwierdzić, że Przystępujący wprowadził w błąd Krajową Izbę Odwoławczą oraz Zamawiającego bowiem o tym, że Odwołujący złożył inne raporty z badań aniżeli przedłożone przez Przystępującego na rozprawie Przystępujący dowiedział się dzień po przeprowadzeniu rozprawy. Jednocześnie w ocenie Przystępującego nie pomógł on PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi o składanie nieprawidłowych raportów z testów wydajności niezgodnie z normami ISO/IEC bowiem zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Przystępującego podczas rozprawy raporty te są prawidłowe w zakresie określenia wydajności wkładów (wydajność ta w kilkudziesięciu pozycjach kończy się liczbą inną niż 0 lub 5) i sporządzone są zgodnie z zastosowaniem zasady sensorycznej, która została szczegółowo opisana w trakcie rozprawy. W żadnej z wypowiedzi pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego nie padło sformułowanie, że raporty te są nieprawidłowe i niezgodnie z normami ISO/IEC, toteż nie sposób stwierdzić, że Przystępujący formułuje twierdzenia jakoby Odwołujący posługiwał się raportami z badań wykonanymi w sposób sprzeczny ze wskazanymi normami.

II. Bezzasadność wniosku Odwołującego o pominięcie przedłożonych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego dowodów z dokumentów oraz otwarcia rozprawy na nowo

W ocenie Przystępującego po stronie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie zachodzą okoliczności uzasadniające pominięcie dowodów z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego podczas rozprawy w dniu 16 lutego 2023 roku bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego dowody te posiadają walor prawdziwości. Wyjaśnienia wymaga, iż celem przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego było dowiedzenie, że oprócz Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. (które sporządziło kwestionowane przez Odwołującego sprawozdania nr 5-WD/2021) również dwa pozostałe akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji podmioty badające równoważne materiały eksploatacyjne do urządzeń drukujących tj. Centrum Badawcze NAVOR oraz Laboratorium Badawcze TUV Rheinland Polska w swoich badaniach wydajności przeprowadzonych zgodnie z normą ISO/IEC 19798 publikują wydajność wkładu posługując się liczbami zakończonymi innymi cyframi aniżeli 0 lub 5.

Pomimo, że Odwołujący nie korzystał z raportów z badań sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101 z dnia 09 września 2021 roku, nr 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr

40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku to z pisma Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. z dnia 17 lutego 2023 roku jednoznacznie wynika, że takie raporty zostały sporządzone przez Centrum Badawcze NAVOR i funkcjonowały w obrocie.

W tym miejscu wskazać należy, że Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku stwierdził, że dokumenty te obarczone były błędem, jednakże podmiot ten w żaden sposób nie tłumaczy jakiego charakteru był to błąd w związku z czym nie sposób wykluczyć sytuacji, że owy błąd dotyczył innej części raportów aniżeli określenie wydajności. Jednocześnie zauważyć należy, iż Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. nie był autorem przedmiotowych raportów w związku z czym w ocenie Przystępującego po stronie Zamawiającego Odwołujący chcąc obalić prawidłowość raportów winien przedstawić oświadczenie Centrum Badawczego NAVOR w tym zakresie z dokładnym wyjaśnieniem, dlaczego w przedłożonych przez Przystępującego raportach wydajność wkładów określona została liczbami, które nie kończą się cyframi 0 lub 5.

Nadto zdaniem Przystępującego po stronie Zamawiającego oświadczenie złożone przez Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. zawiera nieprawdziwe, pomawiające oraz naruszające dobre imię zarówno Przystępującego jak i Podkarpackiego Laboratorium Badawczego Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie informacje dotyczące tego, że powołanie się Przystępującego na raporty z badań sporządzone przez Centrum Badawcze NAVOR nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101 z dnia 09 września 2021 roku, nr 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku jest celowym zabiegiem wprowadzającym Zamawiającego w błąd w celu wyłudzenia zamówienia publicznego i zatuszowania błędów w raportach z testów wykonanych przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. na zlecenie Przystępującego. Podkreślenia wymaga, iż, pomimo że raporty te nie były dedykowane dla Odwołującego to jednak zostały wydane przez Centrum Badawcze NAVOR dla bliżej nieokreślonego podmiotu trzeciego i obowiązywały w obrocie, zaś zarówno Odwołujący oraz Createch Group Polska Sp. z o.o. nie przedstawili żadnego dowodu traktującego o tym, że raporty te zostały wycofane oraz ewentualnie w oparciu o jakie błędy w związku z czym w ocenie Przystępującego należy uznać, że Centrum Badawcze NAVOR w przedmiotowych raportach celowo i w sposób prawidłowy oznaczyło wydajność badanych wkładów co potwierdza jednoznacznie, że sprawozdania z badań wykonywane przez Podkarpackie Laboratorium Badawcze Sp. z o.o. również zawiera prawidłowe wskazanie wydajności badanych wkładów.

Dodatkowo Przystępujący po stronie Zamawiającego zauważa, iż nawet w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności pominięcia dowodów z raportów z badań sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101 z dnia 09 września 2021 roku, 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku jako dowód w sprawie winien

w dalszym ciągu funkcjonować raport nr 26633138-1/2017.001 z dnia 02 października 2017 roku wydany przez Laboratorium Badawcze TUV Rheinland Polska dla toneru ActiveJet ATB-325BN. Podkreślenia wymaga, iż pełnomocnik Przystępującego podczas rozprawy jednoznacznie wskazał, że raport ten nie był przedkładany w żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego jednakże obrazuje, że również Laboratorium Badawcze TUV Rheinland Polska w swoich badaniach wydajności równoważnych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących sporządzonych zgodnie z normą ISO/IEC 19798 publikuje wydajność wkładu posługując się liczbami zakończonymi innymi cyframi aniżeli 0 lub 5.

Przystępujący podnosi, że w piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował powyższego raportu, zaś podczas rozprawy jedynie ogólnikowo stwierdził, że raport ten jest błędny nie wskazując w tym zakresie żadnego uzasadnienia. Również Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. w swoim oświadczeniu nie przedstawił żadnych argumentów mających na celu podważyć ważność tego raportu w związku z czym w ocenie Przystępującego po stronie Zamawiającego raport ten jest prawidłowy.

Ponadto w ocenie Przystępującego po stronie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie zachodzą okoliczności do otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy na podstawie art. 551 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazany przepis stanowi, że jeżeli po zamknięciu rozprawy wyjdą na jaw nowe okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, Izba – o ile uzyska o nich wiedzę – musi otworzyć na nowo rozprawę i przeprowadzić postępowanie dowodowe co do tych okoliczności. Ponowne otwarcie rozprawy nie może jednak służyć powrotowi do badania okoliczności znanych przed jej pierwszym zamknięciem. Posłużenie się sformułowaniem „ujawniono nowe okoliczności” oznacza, że ponowne otwarcie rozprawy ma miejsce bez względu na okoliczności ujawnienia i osobę ujawniającego. Muszą to być jednak okoliczności, których „nie ujawniono” w czasie rozprawy. Nie mogą więc wynikać ze złożonego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego, gdyż ten jest „ujawniony” od chwili jego złożenia. Nie mogą to także być okoliczności, o których Izba dowiedziała się z innych źródeł i w toku rozprawy nie zdecydowała się na przeprowadzenie z tego tytułu dowodu z urzędu. Nie mogą to być również okoliczności, które strona (uczestnik) знаła w trakcie rozprawy lub mogła znać, gdyż były one jawne (ujawnione), i jedynie brak wystarczającej staranności strony lub uczestnika spowodował nieprzedstawienie ich podczas rozprawy. W przepisie chodzi więc wyłącznie o takie okoliczności, które nie mogły być wzięte pod uwagę w trakcie rozprawy, a nie o te, które pod uwagę wzięte nie zostały (zob. W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 551).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż zdaniem Przystępującego po stronie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał się należytą starannością, aby odnieść się do przedłożonych przez Przystępującego dowodów z dokumentów podczas rozprawy. Podkreślenia wymaga, iż podczas rozprawy Odwołujący nie złożył żadnego oświadczenia w zakresie tego jakoby nie korzystał z przedłożonych na rozprawie raportów z badań sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR. W zakresie tych dokumentów Odwołujący stwierdził jedynie ogólnikowo, że są one błędne odnosząc się do kwestii przedstawienia wyniku badania wydajności.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku Odwołujący miał możliwość weryfikacji przedłożonych dowodów z dokumentów w dniu rozprawy bowiem powszechną praktyką stosowaną przed Krajową Izbą Odwoławczą jest złożenie wniosku o kilkunastominutową przerwę celem zapoznania się i odniesienia do treści dokumentów składanych podczas rozprawy.

Brak konieczności otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy wynika również z tego, że w niniejszym piśmie Przystępujący po stronie Zamawiającego potwierdził, że Odwołujący PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi składając oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy pod numerem 25-ZP-03-22-39 oraz przez Jednostkę Wojskową nr 3964 pod numerem 12/2022/Z nie przedłożył do ofert raportów z badań sporządzonych przez Centrum Badawcze NAVOR nr 14/2021.001 z dnia 19 sierpnia 2021 roku, nr 17/2021.101z dnia 09 września 2021 roku, 38/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku oraz nr 40/2021.001 z dnia 15 września 2021 roku.

III. Brak wykazania, że przedłożone przez Odwołującego raporty z badań mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa

W ocenie Przystępującego po stronie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby przedłożone przez niego przy piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku raporty z badań nr 58/2021.001, nr 6/2022.001, nr 38/2021.001, nr 38/2021.002, nr 6/2022.001 oraz nr 40/2021.001 miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wyjaśnia, iż zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzenie tego postępowania w sposób jawny co wynika wprost z art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawowym wyjątkiem od zasady jawności jest przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po definicję tego pojęcia Prawo zamówień publicznych odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa ta w art. 11 ust. 2 określa, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które

jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podkreślenia wymaga fakt, iż aby wykonawca w skuteczny sposób zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa niektóre informacje udostępniane w toku przetargu koniecznym jest „wykazanie” przez tego wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Używając terminu „wykazał” w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nałożył na wykonawcę powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko w tym zakresie potwierdzone zostało w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 21 września 2020 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2025/20 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje.

Dodatkowo w wyroku z dnia 15 października 2020 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2358/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy wskazać należy, iż Odwołujący w piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego przedłożone przez niego przy piśmie z dnia 17 lutego 2023 roku raporty z badań nr 58/2021.001, nr 6/2022.001, nr 38/2021.001, nr 38/2021.002, nr 6/2022.001 oraz nr 40/2021.001 mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa wobec czego winny one pozostać jawne.

Dodatkowo nie sposób uznać, że przedłożone raporty z badań stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego biorąc pod uwagę, iż podczas rozprawy, która miała miejsce przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16 lutego 2023 roku Odwołujący przedłożył jak dowód rodzajowo podobne dokumenty tj. raport z badań nr 41/2022.002 sporządzony przez Centrum Badawcze NAVOR w dniu 24 czerwca 2022 roku. Co do przedłożonego podczas rozprawy dokumentu Odwołujący nie złożył oświadczenia co do objęcia jego tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego należy uznać, że nie posiada on takiej cechy, a więc analogicznie tej cechy nie posiadają również raporty z badań nr 58/2021.001, nr 6/2022.001, nr 38/2021.001, nr 38/2021.002, nr 6/2022.001 oraz nr 40/2021.001.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż wnioskiem o utajnienie dokumentów objęte zostały przez Odwołującego raporty z badań nr 38/2021.001 oraz nr 40/2021.001, które nie posiadają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa bowiem Przystępujący po stronie Zamawiającego jest ich w posiadaniu, zaś dokumenty te zostały przedłożone przez niego podczas rozprawy.”

W odpowiedzi na pismo Przystępującego po stronie Zamawiającego z dnia 20.02.2023 r. – Odwołujący w dodatkowym piśmie z 21.02.2023 r. podniósł:
„(...)zastrzeżenia raportów z testów wydajności tonerów jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący pragnie potwierdzić, iż raporty z testów wydajności objęte treścią pisma z dnia 17.02.2023 r. były prawidłowo zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie składania ofert dla prowadzonych postępowań przetargowych prowadzonych przez :

- Wojskowy Oddział Gospodarczy”, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin nr postępowania „25-ZP-03-22-39”
- Jednostkę Wojskową Nr 3964, ul. 11 Listopada 17/19, 00-909 Warszawa” nr postępowania JW3964-SZP.2612.8.2022.

Potwierdzeniem w/w okoliczności są pisma Odwołującego składane w/w Zamawiającym, w którym wykazywane były wszystkie przesłanki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dowód: zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego składane w w/w postępowaniach.

W/w raporty stanowią nadal tajemnicę przedsiębiorstwa PRAXIS ŁÓDŹ Sp. jawna oraz producenta Guangzhou Createch Group Polska, gdyż nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, skutek prawny wywołują podjęte wcześniej działania zmierzające do utrzymania ich w poufności w zakresie objętym umową o poufności.

W/w raporty spełnia wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W/w raporty z testów wydajności mają niewątpliwie wartość gospodarczą, odtajnienie przedmiotowych dokumentów stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji Raporty z testów wydajności wskazują na informacje, procedury i technologie jakie należy osiąść i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować i dowodzić równoważności i jakości w stosunku do oryginalnych materiałów eksploatacyjnych. Umożliwiają konkurowanie z nimi co jest wymierną wartością gospodarczą dla każdego producenta materiałów równoważnych. Badania wydajności tonerów kolorowych zgodnie z normą ISO/IEC 19798 przeprowadza Centrum Badawcze NAVOR na zlecenie producenta Guangzhou Createch Group Polska i to właśnie ten ostatni podmiot jest wyłącznym dysponentem raportów. Dla producenta dokumenty takie stanowią znaczącą wartość gospodarczą, która podlega ochronie prawnej.

Po drugie należy wskazać, iż raporty z testów wydajności nie zostały podane do publicznej wiadomości podlegają ochronie na podstawie obowiązujących przepisów, w tym na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedmiotowe dokumenty nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, nie ma żadnej technicznej możliwości do pozyskania treści tych dokumentów, do której można by dotrzeć w ramach procedury uzyskania informacji publicznej. Producent powziął wszelkie kroki w tym zakresie zachowania poufności tych danych, co potwierdza umowa o zachowaniu poufności.

Dodatkowo należy wskazać, iż przedstawiony na rozprawie raport nr 41/2022.002 z dnia 24.06.2022 r. również objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa i podlega ochronie na

podstawie art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W/w raport został złożony w toku rozprawy przed KIO w dniu 16.02.2023r. w celu ochrony uzasadnionego interesu prawnego Odwołującego związanego z zarzutem Przystępującego po stronie Zamawiającego który na rozprawie w dniu 16.02.2023 r. zarzucił iż Odwołujący składa w ofertach raporty z testów wydajności m.in. przeprowadzonych przez Centrum Badawcze NAVOR których wyniki wydajności nie kończą się cyfra 0 lub 5. Na poprawcie swojego stanowiska Przystępujący po stronie Zamawiającego przedłożył plik raportów z testów wydajności przeprowadzonych m.in. przez Centrum Badawcze NAVOR, wskazując, że Odwołujący posługiwał się w/w raportami (w których wynik wydajności nie kończył się cyfrą 0 lub 5) w postępowaniach przetargowych, co okazało się nieprawdą. Spółka Golden Line przygotowując się do rozprawy przed KIO nie sprawdziła pochodzenia przedkładanych na rozprawie dowodów wprowadzając KIO, Zamawiającego oraz Odwołującego w błąd co do pochodzenia tych dokumentów oraz wskazując nieprawdę, iż w/w dokumenty stanowiły treść oferty Odwołującego. Mając na uwadze, iż Spółka Golden Line Sp. z o.o. nie sprawdziła rzetelności, prawdziwości składanych dowodów na które się powołuje w celu wykazania okoliczności należy uznać za bezprzedmiotowy zarzut Przystępującego po stronie Zamawiającego, iż Odwołujący na terminie rozprawy nie wykazał się należyłą starannością i nie sprawdził w/w dokumentów składanych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego i nie zakwestionował w/w dokumentów. Odwołujący bezpośrednio po zamknięciu rozprawy oraz po zapewnieniu możliwości wyciągnięcia dokumentów z archiwum Spółki miał możliwość sprawdzenia prawdziwości dowodów składanych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego na terminie rozprawy. Spółka Gulden Line nie może się powoływać na nieprawdziwe dowody w celu wykazania korzystnych dla siebie okoliczności, tym bardziej, iż przedstawione przez Przystępującego po stronie Zamawiającego dokumenty nie pochodziły od Odwołującego na którą to okoliczność Przystępujący po stronie Zamawiającego powoływał się w toku postępowania. W/w dowody powinny zostać zatem pominięte zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, iż mając na uwadze, iż złożony na rozprawie w dniu 16.02.2023 r. raport z testów wydajności nr 41/2022.002 stanowi nadal tajemnicę przedsiębiorstwa, w/w raport nie został nigdy ujawniony do wiadomości publicznej, Spółka PRAXIS ŁÓDŹ podjęła zaś działania w celu utrzymania ich w poufności poprzez zawarcie umowy z producentem o zachowaniu poufności Odwołujący wezwał Zamawiającego oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego do złożenia oświadczenia i zwrotu dokumentu w postaci raportu nr 41/2022.002 stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: wezwanie do Zamawiającego oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego z dnia 21.02.2023 r.

Mając powyższe na uwadze podtrzymuję wniosek o:

1) pominięcie przez Komisję dowodów (raportów z testów wydajności) złożonych przez pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego- Golden Line Sp. o.o. na rozprawie w dniu 16.02.2023 r. z uwagi na okoliczność, iż w/w dowody są nieprawdziwe oraz wprowadzają strony w błąd sugerując, że przedstawione nieprawidłowe raporty stanowią część oferty Odwołującego w postępowaniach o zamówienie publiczne,

ewentualnie w przypadku uznania, iż w/w okoliczności mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wnoszę o:

2) otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy po jej zamknięciu z uwagi na ujawnienie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania na podstawie art. 551 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopuszczenie dowodu z dokumentów, (raportów) które Odwołujący faktycznie złożył w przywołanych przez Golden Line Sp. z o.o. postępowaniach przetargowych, które były prawidłowe zgodne z normami ISO/IEC załączone do pisma z dnia 17.02.2023 r.

Załączniki:

- wezwanie Golden Line do założenia oświadczenia i zwrot dokumentu stanowiącego tajemnice przedsiębiorstwa.

- wezwanie Zamawiającego do założenia oświadczenia i zwrot dokumentu stanowiącego tajemnice przedsiębiorstwa.

- zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach przetargowych. (...).

W kontekście przywołanych powyżej pism Odwołującego oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 535 Pzp: „Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”.

Wskazując zarazem dla jasności mimo, że wniosek o otwarcie na nowo rozprawy miał charakter warunkowy (a ten warunek nie zaktualizował się), że zgodnie z art. 551 ust. 2 NPzp: "Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania". Izba stwierdza przy tym w tym kontekście, za wyrokiem z 23.10.2019 r. sygn. akt: KIO 2007/19, którego stanowisko podziela skład orzekający, iż Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże ratio legis cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się

dowiedzieć. Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: I ACa 1081/15 (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt: I ACa 898/17), zamknięcie rozprawy jako akt procesowy jest doniosłe prawnie, a jej otwarcie musi być uznane za sytuację wyjątkową. (...) Strona wnioskująca o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (czy też zarzucająca w apelacji Sądowi I instancji zaniechanie uwzględnienia wniosku w tym zakresie) musi wykazać więc, że dopiero po zamknięciu rozprawy ujawniły się (stały się jej wiadome) okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia. W nauce wskazuje się, że w przepisie tym chodzi o fakty nowe - jakościowo różne od wcześniej istniejących lub o okoliczności już wcześniej zaistniałe, ale które uległy zmianie po zamknięciu rozprawy (por. np. M. Sawczuk, Ponowne orzekanie w sprawie cywilnej prawomocnie osądzonej, s. 141-142; wyrok SN z 15 kwietnia 1972 r., II PR 48/72, OSNC 1972, Nr 9, poz. 171). Tak więc zmiana może polegać na powstaniu całkiem nowych okoliczności obok już istniejących lub na modyfikacji wcześniej istniejących. Nie uzasadnia żądania otwarcia rozprawy na nowo jedynie stwierdzenie potrzeby dodatkowego odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez stronę przeciwną na rozprawie, jeśli potrzeba ta nie opiera się o okoliczności mające cechę nowości w przedstawionym wyżej rozumieniu.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego oraz drugiego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter zostały one rozpoznane łącznie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że uchybienia wskazane w złożonej przez Odwołującego ekspertyzie wraz z załącznikami stanowią de facto nowe zarzuty ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu. Dotyczy to tak zarzutu dotyczącego zakresu akredytacji, w kontekście wpisania litery Q, jak i wykorzystania dwukrotnie kaset o określonym numerze (str. 6 sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r.), czy też błędnie wskazanego odchylenia standardowego (str. 7 sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r.). Podobnie, w zakresie błędu w zakresie średniej wydajności tonera (str. 5 sprawozdania nr 5-WD/2021 z 19.03.2021 r.).

Względem, zaś braku akredytacji należy zauważyć, że w informacji pod tabelą wskazanego w odwołaniu sprawozdania, jak i w sprawozdaniach nie wskazanych wprost w odwołaniu, a załączonych do oferty Przystępującego znajduje się odesłanie do normy ISO 17025 wraz z informacją o akredytacji: „Akredytacja Laboratorium w odniesieniu do normy

ISO/IEC 17025:2018-02 oznacza spełnienie wymagań dotyczących kompetencji technicznych i systemu zarządzania, koniecznych do zapewnienia wiarygodnych i ważnych wyników badań”, „Wyniki zawarte w tabelach wykonane są metodą akredytowaną”. W konsekwencji, Odwołujący mógł kwestionować uprawnienie podmiotu wykonującego badanie laboratoryjne, czy też samą metodę sensoryczną jako niezgodną z normą podstawową ISO 19798 już w odwołaniu. Czynienie tego obecnie jest formułowaniem nowego zarzutu ponad zarzuty zawarte w odwołaniu. Jeżeliby takich informacji jak przytoczone nie byłoby od początku w sprawozdaniu/ sprawozdaniach załączonych do oferty, Izba przychyliłaby się do argumentacji Odwołującego z rozprawy. Jednakże, skoro było, Izba nie może uznać, że ekspertyza i zakwestionowanie metody sensorycznej oraz zakresu akredytacji było jedynie odpowiedzią na stanowisko pisemne Przystępującego i Zamawiającego.

Nadto, Izba wskazuje, że jednostka badawcza ma stosowny certyfikat i akredytację, a musiała zastosować stosowną metodę sensoryczną z uwagi, jak stwierdziła w odpowiedzi na pismo Zamawiającego (oba pisma z 09.02.2023 r.) na odniesienie znajdujące się w normie ISO 19798, które uznał jako podstawę do zastosowania metody sensorycznej: „Mimo, iż norma PN ISO/IEC 19798:2017 wprost wizualnej oceny końca wydruku poprzez obserwację „blaknięcia” nie nazywa „analizą sensoryczną”, to jednak mając wiedzę w powyższym zakresie, łatwo można ten typ badania zidentyfikować i zastosować właściwe wymagania. Laboratorium PLB świadome istoty badania, łącznie z wymaganiami normy PN ISO/IEC 19798:2017 dodatkowo wdrożyło wytyczne zawarte w dokumencie EA 4/09 „Akredytacja laboratoriów badań sensorycznych” (EA Europejska Współpraca w dziedzinie Akredytacji). Dokument EA 4/09 stanowi uzupełnienie normy ISO/IEC 17025 i zawiera specyficzne wytyczne dotyczące akredytacji laboratoriów badań sensorycznych. Przedstawia szczegółowe wytyczne dotyczące interpretacji normy ISO/IEC 17025 dla personelu wykonującego badania sensoryczne. Niniejszy dokument jest przeznaczony do użytku przez laboratoria (akredytowane i nieakredytowane), auditorów zaangażowanych w ocenę laboratoriów sensorycznych oraz jednostki akredytujące. Może być również przydatny dla organów regulacyjnych, klientów laboratoriów i użytkowników raportów z badań. Znajomość wymienionych dokumentów i metod daje informacje o sposobie wykonywania tego typu badań i o sposobie obliczania wyników.”. Podobnie w piśmie jednostki badawczej skierowanym do Przystępującego. Nota bene informacja o tym znajduje się w jej sprawozdaniu/sprawozdaniach pod tabelą na ostatnich stronach (wskazana powyżej).

Nikt nie złożył pełnej wersji normy ISO 19798 z tłumaczeniem, a Przystępujący wykazał, że Odwołujący pominął zastrzeżenie pod pkt 3.6 normy ISO 19798 (tłumaczenie na str. 4 pisma procesowego Przystępującego: „Uwaga 1 do wpisu: Jeśli drukarka zatrzyma się

z powodu braku tonera (3.4) w środku zestawu stron testowych, liczba wydrukowanych stron diagnostycznych jest zliczana. Następnie pierwsza strona diagnostyczna zawieszona zadania drukowania jest dołączana do kolejnej wydajności kasety. Liczba zliczonych zestawów stron testowych może zawierać kilka stron, które pokazują widoczny zanik (3.1). Aby ułatwić testowanie, określenie końca życia (3.5) odbywa się tylko na stronie diagnostycznej (strona 5)”, gdy wynikiem może być wielkość nie kończąca się na cyfrę 0 lub 5.

Przystępujący wskazywał także podczas rozprawy, że musiał zastosować stosowną metodę sensoryczną zgodnie z pkt 7.1 Akredytacji laboratoriów badań sensorycznych (EA – 4/09 G:2022): *„Zawsze gdy to możliwe, laboratorium powinno stosować metody i procedury, które są aktualne i ustanowione w normach lub przez renomowane organizacje techniczne lub podane w uznanych czasopismach naukowych. Jeżeli takie metody nie są dostępne dla badań sensorycznych, zaleca się stosować metody opracowane w laboratorium, które powinny być odpowiednio udokumentowane i zwalidowane (ISO/IEC 17025, 7.2.2.1) (...)”,* jak i stwierdził, że może mieć ona zastosowanie nie tylko do artykułów rolno-spożywczych. Zgodnie z informacją zawartą w Akredytacji laboratoriów badań sensorycznych (EA – 4/09 G:2022) jej cel: *„Niniejszy dokument stanowi uzupełnienie ISO/IEC 17025 i zawiera specyficzne wytyczne dotyczące akredytacji laboratoriów badań sensorycznych. Przedstawia szczegółowe wytyczne dotyczące interpretacji normy ISO/IEC 17025 dla personelu wykonującego badania sensoryczne. Niniejszy dokument jest przeznaczony do użytku przez laboratoria (akredytowane i nieakredytowane), auditorów zaangażowanych w ocenę laboratoriów sensorycznych oraz jednostki akredytujące. Może być również przydatny dla organów regulacyjnych, klientów laboratoriów i użytkowników raportów z badań.”*

Dodatkowo, Izba wskazuje, oceniając czynność Zamawiającego wyboru Przystępującego, iż Zamawiający oparł się na powołanym formalnie przez Komisję Przetargową ekspercie (opinia z 11.01.2023 r. zewnętrznego podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną - Pana K. W. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K. W. MEGATON), który potwierdził prawidłowość dokumentów potwierdzających równoważność materiałów eksploatacyjnych złożonych przez wszystkich Wykonawców, w tym Przystępującego.

Należy także przychylić się do stanowiska Przystępującego z rozprawy, że przedłożone przez Odwołującego wydruki, tj. raporty z badań wcale nie wykluczają zastosowania metody sensorycznej, przy jej zastosowaniu również może wyjść wynik zakończony na cyfrze 0 lub 5.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....