

Sygn. akt: KIO 1730/23

WYROK

z dnia 3 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 30 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **J. W., B. S. działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą NETPRINT s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Ciecierzynie**

przy udziale wykonawcy **"PRAXIS ŁÓDŹ P. i P." Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. W., B. S. działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą NETPRINT s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Lubelski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Ciecierzynie (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. Dostawa artykułów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych na potrzeby Lubelskiego Regionalnego Oddziału Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, znak sprawy: BOR03.2619.2.2023.AP (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00215409/01.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2023 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę **"PRAXIS ŁÓDŹ P. i P." Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi** (dalej „PRAXIS” lub „przystępujący”).

W dniu 19 czerwca 2023 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PRAXIS, wnieśli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie J. W., B. S. działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą NETPRINT s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu** (dalej „odwołujący” lub „NETPRINT”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp: art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp i art. 101 ust. 6 ustawy Pzp (a contrario) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez: skutkującą naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenę oferty oraz załączników do oferty wykonawcy PRAXIS

i brak odrzucenia tej oferty, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca ten nie sprostował wymogowi wykazania równoważności zaoferowanych produktów równoważnych, albowiem: pomimo oczekiwania przez zamawiającego, by zarówno certyfikaty

ISO 9001 i 14001, jak i raporty z testów dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych wykonane przez podmiot oceniający zgodność, zostały sporządzone dla tego samego podmiotu (producenta), wykonawca ten przedłożył certyfikaty i raporty wystawione dla różnych podmiotów (różnych producentów); nie wskazał żadnego dowodu pozwalającego na powiązanie konkretnie zaoferowanego produktu z chińską fabryką TOP JET.

Odwołujący, w oparciu o wyżej wskazane zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: uchylenie czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy PRAXIS.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty odwołania, w pierwszej kolejności przywołał zapisy specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) wskazując, że zamawiający w postępowaniu zastrzegł możliwość składania ofert na produkty równoważne do oryginalnych materiałów eksploatacyjnych (pochodzących od producenta urządzenia). Zamawiający przy tym określił szczegółowo kryteria równoważności i wskazał wprost w SWZ, że ciężar jej udowodnienia spoczywa na wykonawcy, który zamierza się na nią powołać.

Dla produktów równoważnych zamawiający żądał między innymi następujących przedmiotowych środków dowodowych: raportów z testów wydajności przeprowadzonych zgodnie z odnośnymi normami ISO (powołanymi w SWZ) - dla każdego z oferowanych produktów równoważnych z osobna - wykonane przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, posiadający akredytację do badania produktów zgodnie z tymi normami; certyfikatów ISO 9001 i 14001. Środki te miały być złożone wraz z ofertą i zamawiający nie przewidywał możliwości ich uzupełnienia (Rozdział IV SWZ, ust. 1 pkt 2).

Odwołujący także zauważył, że wykonawcy mieli wątpliwość, czy certyfikaty ISO 9001 i 14001 oraz raporty z testów produktów równoważnych powinny być wystawione dla tego samego podmiotu, czy też mogą być wystawione dla różnych (certyfikaty ISO - dla jednego, raporty - dla drugiego). Z tego powodu wystąpili w ustawowym terminie z pytaniem o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający udzielił takiej odpowiedzi, zachowując termin określony w art. 135 ustawy Pzp wskazując, że zarówno raporty z testów, jak i certyfikaty ISO 9001 i 14001 powinny być wystawione dla tego samego podmiotu - tego samego producenta rozwiązań równoważnych.

Mimo takich wyjaśnień wykonawca PRAXIS złożył ofertę, w której posłużył się przedmiotowymi środkami dowodowymi wystawionymi dla dwóch różnych podmiotów:

certyfikaty ISO 9001 i 14001 są wystawione dla podmiotu TOP JET Technology z Chin, raporty z testów

- dla GUANGZHOU CREATECH GROUP sp. z o.o. (GCG) Polski. Jakkolwiek wykonawca ten sugeruje, że za „producenta” należy uznawać zarówno podmiot, który wytworzył dany materiał eksploatacyjny (czyli TOP JET), jak i ten, który wprowadza go do obrotu (GCG), to nie zmienia to faktu, że: żadnymi środkami dowodowymi nie wykazano, by właśnie te zaoferowane produkty równoważne, które wprowadzane są do obrotu pod marką GCG, wyprodukowane zostały w fabrykach TOP JET, zwłaszcza, że jedyne oznaczenia producenckie, jakie noszą, wskazują na markę GCG, nie spełniono wymagań stawianych przez zamawiającego, aby zarówno raporty z testów jak i certyfikaty ISO były wystawione na ten sam podmiot.

Odwołujący przypomniał treść przepisów art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, art. 101 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 104-107 ustawy Pzp, które to nakładają na wykonawcę obowiązek samodzielnego wykazania spełnienia przez ich ofertę kryteriów równoważności. W wyroku z dnia 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 96/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że obowiązek wykazania, iż zaoferowane rozwiązane jest równoważne wynika wprost z ustawy Pzp (zob. art. 30 ust. 5 i 6 dawnej ustawy Pzp). Choć judykat zapadł na starym stanie prawnym, jest w pełni aktualny. Jeśli więc PRAXIS powołuje się na fakt, że zaoferowane przez niego zamienniki są faktycznie produktami równoważnymi, w rozumieniu kryteriów szczegółowo określonych przez zamawiającego, to ma obowiązek to udowodnić w sposób niebudzący wątpliwości. Tymczasem PRAXIS nie przedstawił żadnego dowodu na to, że zaoferowane przez niego produkty mają jakkolwiek związek z fabryką TOP JET w Chinach. Zawarł jedynie informację w ofercie, że oferuje produkty „GCG/TOP JET”, co w istocie powinno być poczytane jak złożenie dwóch ofert na tę samą pozycję asortymentową. Pojawia się bowiem oferta dostarczenia produktu, o którym nie wiadomo, czy będzie pochodził od podmiotu GCG, czy od TOP JET, czy od obu równocześnie. Nie jest to jednak nadal żaden dowód na jakiegokolwiek powiązanie tego konkretnego asortymentu z chińską fabryką TOP JET.

Ponadto, w ocenie odwołującego, PRAXIS przedstawił w ofercie produkty niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego, tj. niezgodne z warunkami oferty, gdyż zamawiający w wyjaśnieniach jasno wskazał, iż dowód równoważności w postaci raportów z testów i certyfikatów ISO 9001 i 14001 ma opiewać na tego samego producenta rozwiązań równoważnych. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18, KIO zwróciła uwagę, że odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak też w wyroku z dnia 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt

KIO 1648/11; wyroku z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 388/12). Także Sąd Okręgowy w Warszawie

w wyroku z 18 grudnia 2002 r. (V Ca 1311/02) zauważył, że wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu.

W podsumowaniu swoich wywodów odwołujący stwierdził, że skoro wykonawca PRAXIS zaoferował produkty, dla których nie był w stanie ani udowodnić równoważności, ani spełnić wymagania co do podmiotów, na rzecz których wystawiono raporty z testów i certyfikaty ISO, to trzeba uznać, że jego oferta była dotknięta brakami i jako taka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie spełniała wymogów zamówienia.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca PRAXIS.

Zamawiający w dniu 27 czerwca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego

do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron

i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta wybranego wykonawcy zostanie odrzucona a

odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w klasyfikacji punktowej. Szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przejawia się w braku możliwości pozyskania do realizacji niniejszego zamówienia, co wiąże się także z utratą spodziewanego zysku.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba uznała dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci odwołania wniesionego przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Poznaniu za nieprzydatny dla oceny stawianych zarzutów z uwagi na okoliczność, że dotyczy on czynności innego zamawiającego, podjętych w danym postępowaniu, oraz w oparciu o dokumenty składane przez wykonawcę w tymże postępowaniu. Tym samym okoliczność, że oferta wykonawcy PRAXIS została odrzucona w innym zamówieniu, przez innego zamawiającego, w oparciu o dokumenty przez niego przedłożone, nie może mieć wpływu na ocenę czy w niniejszej sprawie ocena dokumentów dokonana przez zamawiającego, była zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem I SWZ jest jednorazowa dostawa, rozładunek i wniesienie artykułów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń drukujących oraz bębnow (dalej: „artykułów eksploatacyjnych”) do Lubelskiego Oddziału Regionalnego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oraz odbiór

po wykorzystaniu przez zamawiającego zużytych artykułów eksploatacyjnych pochodzących z bieżącego jak i z poprzednich postępowań (dalej: „zużytych artykułów eksploatacyjnych”). Zużyte artykuły eksploatacyjne mogą pochodzić z innych urządzeń drukujących używanych w ARiMR niż wymienionych w postępowaniu. Ilość zużytych artykułów eksploatacyjnych będzie porównywalna z ilością nowozakupionych artykułów w tym postępowaniu. Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia w załączniku nr 8 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 8 do SWZ zawarł wymagania, aby oferowane materiały były fabrycznie nowe, niewadliwe, nieregenerowane, pochodzące z bieżącej produkcji, wytworzone seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z: (a) normą ISO 9001 lub równoważną, tj. dokumentem

potwierdzającym odpowiednie stosowanie równoważnych środków zapewnienia jakości, w zakresie co najmniej takim jak wymieniona norma ISO; (b) normą ISO 14001 lub równoważną, tj. dokumentem potwierdzającym odpowiednie stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem. Materiały winny być dostarczane w oryginalnych hermetycznych opakowaniach producenta z oznaczonym logo, znakiem firmowym producenta, symbolem produktu i terminem przydatności do użycia, posiadać wszelkie zabezpieczenia, a także nienaruszone oryginalne opakowania. Oferowany materiał powinien również zawierać na opakowaniu etykietę znakową, opisującą nazwę urządzenia, do którego ma być zastosowany. Zamawiający wyjaśnił, że pod pojęciem „materiał fabrycznie nowy” rozumie materiały eksploatacyjne wykonane z nowych elementów, wcześniej nie używane, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, w oryginalnych opakowaniach producenta z widoczną nazwą oraz symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 24 miesiące od daty dostawy, nr katalogowym lub listą modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony, posiadające zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem. Pod pojęciem „materiał nieregenerowany” zamawiający rozumie materiały do produkcji których nie użyto składników poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych bądź przerabianych. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału. Pod pojęciem „zalecane przez producenta danego urządzenia” należy rozumieć te materiały eksploatacyjne, które producent wskazuje na swojej stronie internetowej przy opisie urządzenia (drukarki itp.) bądź w instrukcji obsługi urządzenia. Pod pojęciem „materiał eksploatacyjny inny niż zalecany przez producenta danego urządzenia” zamawiający rozumie produkt równoważny, o parametrach i standardach nie gorszych w stosunku do materiału zalecanego przez producenta danego urządzenia (m.in. pojemność tuszu/tonera, wydajność, jakość wydruku), w pełni kompatybilny z urządzeniem, do którego jest przeznaczony. W przypadku, gdy produkt zalecany przez producenta danego urządzenia posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie, produkt inny niż zalecany przez producenta danego urządzenia musi współpracować

z oprogramowaniem danego urządzenia w zakresie identycznym jak produkt zalecany przez producenta. Za wadliwy produkt uznaje się w szczególności: (1) produkt nie jest oryginalnie zapakowany i nosi ślady otwierania; (2) produkt nie jest wykonany z nowych elementów, posiada ślady uszkodzenia lub wcześniejszego użytkowania; (3) produkt nie posiada zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem; (4) wysypywany/wysypujący/wylewający się tusz/toner, pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu;

(5) wszelkie pojawiające się na urządzeniu lub pulpicie roboczym stanowiska pracy informacje o braku możliwości użycia zastosowanego tonera/tuszu powodujące niemożność skorzystania z funkcji drukowania lub kopiowania; (6) po zainstalowaniu produktu w sprzęcie, na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu pojawiają się negatywne komunikaty uniemożliwiające użycie materiału i poprawną pracę urządzenia; (7) produkt brudzi papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu oraz części użyte do jego produkcji noszą ślady użytkowania.

Izba ustaliła także, że zamawiający w SWZ dopuścił zaoferowanie produktów równoważnych, opisując jednocześnie jakie materiały uzna za równoważne oraz kryteria równoważności. Zamawiający zdefiniował co rozumie pod pojęciem „produkt równoważny”. Opisał, że jest to produkt: (1) o parametrach technicznych, funkcjonalnych i standardach jakościowych (m.in. pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do materiału zalecanego przez producenta danego urządzenia, nie gorszych niż wskazane w „opisie przedmiotu zamówienia” i „formularzu ofertowym”; (2) spełniający wymagania opisane w opisie przedmiotu zamówienia; (3) którego wydajność, zgodnie z niżej wskazanymi normami lub normami równoważnymi, jest co najmniej taka jak materiału zalecanego przez producentów sprzętu: ISO/IEC 19752 dla tonerów do drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów do drukarek kolorowych; (3) który zapewnia jakość wydruku co najmniej taką, jak produkt zalecany przez producenta urządzenia (w szczególności dotyczy pokrycia i odwzorowania koloru); (4) który nie ogranicza pełnej współpracy z oprogramowaniem sprzętu, monitorującym stan zasobników z tuszem lub tonerem; (5) który w żadnym stopniu nie narusza praw patentowych ani innej własności intelektualnej; (6) w którym wszystkie części są nowe, w szczególności kaseeta, bęben światłoczuły, obudowa, listwa podająca, listwa zbierająca, wałek magnetyczny, głowica drukująca, toner, atrament, tusz; (7) w którym zastosowano toner/ tusz dopasowany do pracy z danym urządzeniem; (8) który po zainstalowaniu w sprzęcie na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą się pojawiać żadne negatywne komunikaty o niepoprawnej pracy materiału eksploatacyjnego zainstalowanego w urządzeniu. W uwagach zamawiający dopisał, że: w „Formularzu ofertowym” (załącznik nr 1 do SWZ), w kolumnie nr 4 „Marka/producent i nazwa oferowanego materiału” wykonawca zobowiązany jest wpisać oznaczenie oferowanego tuszu/tonera/bębna oraz nazwę producenta produktu, a także dołączyć do oferty przedmiotowe środki dowodowe.

Także w Rozdziale IV SWZ - Zawartość ofert, wykaz podmiotowych środków dowodowych zamawiający opisał wymagania które spełnić powinien wykonawca w przypadku,

gdy zaoferuje rozwiązanie równoważne. W pkt 2.5. wskazał, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający, zgodnie z treścią art. 107 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 105 ust. 1 oraz 106 ustawy Pzp, żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: (2.5.1) do każdego oferowanego materiału/ artykułu równoważnego): dokumentów/ raportów z testów (w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym), zgodnie z zapisami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj. (2.5.1.1) certyfikaty potwierdzające, że proces produkcji zaproponowanego asortymentu równoważnego przebiega zgodnie z normami ISO 9001 lub równoważnymi; (2.5.1.2) certyfikat ISO 14001 lub równoważny na proces produkcji zaproponowanego asortymentu równoważnego, pozwalający zweryfikować czy producent spełnia przepisy związane z ochroną środowiska oraz potwierdzający, że materiały produkowane są w sposób bezpieczny i niewpływający negatywnie na środowisko; (2.5.1.3) wszystkie dane techniczne (dokładny opis) ze szczegółową specyfikacją produktu wraz z analizą porównawczą parametrów technicznych i jakościowych produktu równoważnego w stosunku do asortymentu wskazanego w odpowiedniej pozycji formularza cenowego zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ; (2.5.1.4) wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19752 dla tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych; (2.5.1.5) wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych. Dalej zamawiający wymagał, aby raport przedstawiał pełne badanie wydajności. Każdy zaoferowany materiał równoważny powinien posiadać ww. badania. Zamawiający nie wyraża zgody na przedstawienie zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów (tonerów). Raporty z testów ISO/IEC spełniające wymagania zamawiającego muszą być wystawione przez jednostkę oceniającą zgodność. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający wymaga, aby jednostki oceniające zgodność posiadały stosowną akredytację. Akredytacja oznacza poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania

określone

w normach zharmonizowanych oraz - w stosownych przypadkach - wszelkie dodatkowe wymagania. Z treści przywołanego rozporządzenia oraz obowiązującej na gruncie prawa polskiego ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2021 r. poz. 514) wynika, że państwo członkowskie posiada jedną krajową jednostkę akredytującą, tj. udzielającą akredytacji na wniosek jednostek oceniających zgodność, a na mocy art. 38 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności taką jednostką jest Polskie Centrum Akredytacji. Na mocy przywołanego rozporządzenia jednostki akredytujące państw członkowskich UE są zobowiązane do współpracy międzynarodowej w zakresie akredytacji oraz wzajemnego uznawania stosownych dokumentów potwierdzających akredytację. W przypadku jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający nie przewiduje wzywania wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia. Ciężar udowodnienia „równoważności” spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z pkt 2.6. w przypadku, gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań

z badań, o których mowa w pkt. 2.5.1.1.- 2.5.1.5., ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem, że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub wymagania związane z realizacją zamówienia, zamawiający zaakceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w pkt. 2.5.1.1.- 2.5.1.5. (art. 105 ust. 4 ustawy Pzp).

Powyższe zapisy SWZ były przedmiotem wyjaśnień zamawiającego. Jak ustalił skład orzekający w piśmie z 18 maja 2023 r. na pytanie o treści: Zamawiający określił wymagania w rozdziale IV pkt 2 pdpkt 2.5.1 wymagając certyfikatu ISO9001 i 14001 oraz raportów z testów. Prosimy o udzielenie odpowiedzi czy w treści raportów z badań winien być wskazany ten sam producent materiałów równoważnych co w treści certyfikatu ISO 9001 i ISO 14001 ?, zamawiający wyjaśnił: Tak, w treści raportów z badań winien być wskazany ten sam producent oferowanych materiałów równoważnych co w treści certyfikatu ISO 9001 i ISO 14001.

Izba ustaliła ponadto, że swoje oferty w postępowaniu złożyło czterech wykonawców, w tym odwołujący oferując za wykonanie zamówienia: 164 876,51 zł. i przystępujący z ceną 154 500,30 zł.

Wykonawca PRAXIS w swoim formularzu ofertowym, w tabeli zadeklarował, że dostarczy produkty równoważne o oznaczeniu: CGT-K-TK3130; CGT-K-TK3190; CGT-L-

L52D2X00;

CGT-L-L58D2U00; CGT-L-L60F2X00; CGT-S-ML3310-10K, wpisując w kolumnie „Marka/ producent i nazwa oferowanego materiału”: GUANGZHOU CREATECH GROUP POLSKA Sp. z o.o./ TOPJET TECHNOLOGY CO., LTD. Zamawiający pismem z 2 czerwca 2023 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Poprosił o jednoznaczne wyjaśnienie, jak należy rozumieć powyższe oświadczenie złożone w formularzu ofertowym w tabeli formularza cenowego. PRAXIS udzielił wyjaśnień stwierdzając, że złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z pkt 2.5 ppkt 2.4.1.1 i 2.5.1.1 SWZ. Ponadto wskazał, że producentem zaoferowanych produktów równoważnych jest Guangzhou Createch Group Polska Sp. z o.o. (dalej „GCG”), który przed wprowadzeniem na rynek pod własną marką materiałów eksploatacyjnych zleca fizyczne ich wytwarzanie chińskiej fabryce TOPJET Technology Co. Ltd. (dalej „TOPJET”), na którą wystawione zostały certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 14001. Jak wynika z załączonego do oferty PRAXIS pisma TOPJET podmiot ten jest długoletnim partnerem GCG, na której zlecenie produkuje materiały eksploatacyjne do urządzeń biurowych w swojej fabryce. Jako dowody załączono: pismo TOPJET z 10 listopada 2021 r. (tłumaczenie z jęz. angielskiego); umowę o współpracy pomiędzy GCG a TOPJET (dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy).

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, z czym nie zgodził się wykonawca NETPRINT, składając swoje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp i art. 101 ust. 6 ustawy Pzp (a contrario) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp wskazując, że zamawiający dokonał błędnej oceny oferty PRAXIS i zaniechał jej odrzucenia pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. W jego ocenie wykonawca ten nie sprostął wymogowi wykazania równoważności zaoferowanych produktów równoważnych, albowiem: pomimo oczekiwania przez zamawiającego, by zarówno certyfikaty ISO 9001 i 14001, jak i raporty z testów dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych wykonane przez podmiot oceniający zgodność, zostały sporządzone dla tego samego podmiotu (producenta), wykonawca ten przedłożył certyfikaty i raporty wystawione dla różnych podmiotów (różnych producentów); ponadto nie przedłożył on żadnego dowodu, pozwalającego na powiązanie konkretnie zaoferowanego produktu z chińską fabryką TOP JET.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, zamawiający w SWZ zawarł wymaganie, iż zarówno certyfikaty ISO 9001 i 14001, jak i raporty z testów dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych, wykonane przez podmiot oceniający zgodność, mają zostać sporządzone dla tego samego producenta. Podkreślić należy jednak, że nie jest to wymaganie równoznaczne z tym, co usiłuje wywodzić odwołujący, że dokumenty te winny pochodzić od tego samego podmiotu. W tym przypadku nie można bowiem przyjąć uproszczenia, że sformułowanie „producent” użyte w dokumentach zamówienia jest równoważne słowu „podmiot”. Taka interpretacja nie wynika ani z treści SWZ, ani też z odpowiedzi na pytanie zamawiającego z 18 maja 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi zawarł jedynie wymaganie, zbieżne z tym które zawarł w treści SWZ, aby w treści raportów z badań był wskazany ten sam producent oferowanych materiałów równoważnych, co w treści certyfikatu ISO 9001 i ISO 14001.

Ponadto, co istotne dla oceny zarzutów odwołania, zaznaczyć należy, że w dokumentach zamówienia zamawiający nie zdefiniował i nie dookreślił co rozumie pod pojęciem „producenta”. Definicja taka nie została także wprowadzona w ustawie Pzp, brak jest także odesłania w przepisach tejże ustawy do definicji zawartej w określonym akcie prawnym. W konsekwencji pojęcie „producenta”, wprowadzone na potrzeby przedmiotowego postępowania, winno być interpretowane bardzo szeroko. Trafnie w swojej odpowiedzi na odwołanie zamawiający przywołuje definicję producenta wynikającą z art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2022 r., poz. 1854), zgodnie z którą przez producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której wyrób ten zaprojektowano lub wytworzono w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Taką też definicję producenta można znaleźć w załączniku I do Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzenia produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady

93/465/EWG.

Zauważyć należy, że pojęcie to wprowadzono również w ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2021 r., poz. 222). Zgodnie z art. 3 pkt 2, w którym zawarto definicję producenta, za takiego uważa się: a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA)

- stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt; b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym; c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem. Dostrzeżenia wymaga, że przepisy tej ustawy w sposób szeroki interpretują pojęcie producenta, gdyż za takiego, w myśl przywołanej definicji uważa się nie tylko tego, kto dany towar wytwarza, ale każdego kto występuje jako wytwórca umieszczając na produkcie, bądź dołączając do niego swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a nawet osobę, która naprawia lub regeneruje produkt.

Tym samym, skoro brak jest w postępowaniu jednoznacznego wskazania, co należy rozumieć pod pojęciem „producenta” należy, na potrzeby tego postępowania, w tym oceniając dokumenty przedłożone przez danego wykonawcę, w tym wypadku PRAXIS - przyjąć taką interpretację, która będzie korzystniejsza dla wykonawcy. Zarówno KIO, jak też sądy powszechne wielokrotnie zwracały uwagę w swoich orzeczeniach, że w przypadku gdy w treści zapisów dokumentacji pojawiają się jakiegokolwiek niejasności czy nieprecyzyjne wymagania, zamawiający powinien podejmować wobec wykonawców decyzje w taki sposób, aby ci nie ponosili konsekwencji braku precyzji zamawiającego. Takie stanowisko wynika między innymi z Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, w którym zauważono, że: jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości,

nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji. Do podobnych wniosków doszedł także Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, który w Wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 r. XXIII Zs 86/22 podkreślił, że wszelkie nieścisłości czy sprzeczności w brzmieniu SWZ winny być traktowane w sposób nie wywołujący negatywnych skutków dla wykonawców, którzy w dobrej wierze składają w odpowiedzi na jej postanowienia swoje oferty. Powyższe orzeczenia i tezy można mnożyć i wypływa z nich jednoznaczny wniosek, że zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Odrzucenie oferty może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

W konsekwencji, wobec braku jednoznacznej definicji kogo należy rozumieć jako producenta, należało przyjąć na potrzeby przedmiotowego postępowania, że będzie to zarówno podmiot wytwarzający dany towar, jak też podmiot dla którego go zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną marką. Tym samym za producenta tonerów należało uznać zarówno TOPJET, który fizycznie wyprodukował tonery, jak też GCG który zlecił fizyczne ich wyprodukowanie i wprowadził je do obrotu.

Nie sposób także podzielić oceny odwołującego, że informacja, którą przystępujący zawarł w ofercie, że oferuje produkty: „GCG/ TOP JET” winna być odczytana jako złożenie dwóch ofert na tą samą pozycję asortymentową. Izba przyjęła wyjaśnienia PRAXIS, składane zarówno zamawiającemu w toku postępowania, jak też na rozprawie, że z punktu widzenia przedmiotu produkowanego obydwie podmioty wymienione w treści Formularza oferty, są tym samym producentem. Podmioty te ściśle ze sobą współpracują przy produkcji materiałów eksploatacyjnych, a współpraca ta ma nierozzerwalny charakter jako, że TOPJET wytwarza produkty zgodnie z zaleceniami GCG. Wpisanie w treści oferty w kolumnie „Marka/ producent i nazwa oferowanego materiału” zarówno TOPJET, jak też GCG miało zatem na celu, aby zamawiający mógł dokonać pełnej identyfikacji produktu równoważnego, oferowanego przez PRAXIS.

Odwołujący stawiając powyższy zarzut pomija także całkowicie treść wyjaśnień składanych przez PRAXIS w toku postępowania. Przypomnienia wymaga, że zamawiający w piśmie

z 2 czerwca 2023 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Poprosił o jednoznaczne wskazanie jak należy rozumieć treść oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym w tabeli formularza cenowego, w którym wskazano jako producenta zarówno TOPJET, jak GCG. Ten, w odpowiedzi w sposób wyczerpujący wyjaśnił, przedstawiając na tą okoliczność stosowne dowody, że producentem zaoferowanych produktów równoważnych jest GCG, który przed wprowadzeniem na rynek pod własną marką materiałów eksploatacyjnych zleca fizyczne ich wytwarzanie chińskiej fabryce TOPJET, na którą wystawione zostały certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 14001.

Z załączonego do oferty PRAXIS pisma TOPJET wynika, że podmiot ten jest długoletnim partnerem GCG, na którego zlecenie produkuje materiały eksploatacyjne do urządzeń biurowych

w swojej fabryce. Jako dowody załączono: pismo TOPJET z 10 listopada 2021 r. (tłumaczenie z jęz. angielskiego); umowę o współpracy pomiędzy GCG a TOPJET (dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy). Odwołujący nie odnosi się w treści odwołania do złożonych w postępowaniu wyjaśnień i dokumentów, które składane w postępowaniu, dowodzą istnienia powiązań pomiędzy wymienionymi w ofercie podmiotami. Co więcej, odwołujący wprawdzie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie mu dokumentów przedłożonych przez przystępującego, jednakże nie zapoznał się z pełną dokumentacją, jako że ta objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie kwestionował ani w tym, ani też w innym postępowaniu odwoławczym, możliwości objęcia składanych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa PRAXIS. Tym samym twierdzenia odwołującego, że informację, którą przystępujący zawarł w ofercie, że oferuje produkty: „GCG/ TOP JET” należy odczytywać jako złożenie dwóch ofert na tą samą pozycję asortymentową, uznać należało za gołosłowne i nie uwzględniające treści składanych w postępowaniu wyjaśnień. Nie bez znaczenia dla oceny zarzutu jest także okoliczność, że także odwołujący wskazując w treści Formularza cenowego oferowane rozwiązania równoważne opisuje je w podobny sposób jak czyni to PRAXIS.

Tym samym, w ocenie Izby, działanie PRAXIS, który załączył do oferty certyfikaty, które potwierdzały zgodność procesu produkcji oferowanych tonerów z normami ISO 9001 oraz ISO 14001, wystawione na TOPJET, który fizycznie te materiały wyprodukował, oraz raportów z

testów wystawionych dla GCG, czyli na podmiot który zlecił wyprodukowanie tych tonerów - było poprawne. Ponownie należy podkreślić, że nie sposób znaleźć podstaw w dokumentacji zamówienia, aby utożsamiać wymóg przedłożenia w postępowaniu dokumentów pochodzących od jednego producenta z tym, który wskazuje odwołujący tj. wymogiem, aby dokumenty przedmiotowe pochodziły od tego samego podmiotu. Przyjęcie takiego stanowiska przeczyłoby także regulacjom przywołanych wcześniej ustaw, z których wynika wprost, że za producenta danego asortymentu może zostać uznany więcej niż jeden podmiot biorący udział w procesie produkcji.

W konsekwencji należy uznać, że zarzuty odwołującego nie znalazły potwierdzenia w aktach postępowania, wobec czego odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: