Sygn. akt: KIO 2070/21

WYROK
z dnia 3 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 r. przez **wykonawców J. W. oraz B. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą: Netprint s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**
przy udziale **wykonawcy Praxis Łódź P. i P. sp. j. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców J. W. oraz B. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą: Netprint s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiuoraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców J. W. oraz B. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą: Netprint s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców J. W. oraz B. S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą: Netprint s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiukwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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: ……..

Sygn. akt KIO 2070/21

Uzasadnienie

Zamawiający – 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, kserograficznych dla 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu", nr postępowania: 13/z/2021.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 maja 2021 r., za numerem 2021/BZP 00060655/01.

W dniu 12 lipca 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy J. W. oraz B. S. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod firmą: Netprint s.c. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Praxis Łódź P. i P. sp. j. z siedzibą w Łodzi – dalej Przystępujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 105 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 106 ust. 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, poprzez: naruszające zasady proporcjonalności, przejrzystości i równego traktowania nieuzasadnione przyjęcie, że przedłożone przez Wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe (raporty z testów przeprowadzonych przez niezależną jednostkę oceniającą zgodność dla wszystkich zaoferowanych produktów równoważnych) nie spełniają łącznych wymogów opisanych w Rozdz. IV — Przedmiotowe Środki Dowodowe ust. 1 pkt 1) i 2) SWZ w zakresie żądanych środków dowodowych, pomimo tego, że:

- przedłożone przez Odwołującego raporty z testów sporządzone były przez niezależny podmiot oceniający zgodność spełniający definicję z art. 105 ust. 2 ustawy pzp, a same te raporty wypełniały wszelkie kryteria raportu z testów, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym każdy raport z testów przedłożony przez Wykonawcę w całości spełniał kryteria Dokumentu żądanego w Rozdz. IV ust. 1 pkt 1 SWZ (Dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych. Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego), co samo w sobie świadczy o wadliwym zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp,

- żądanie przez Zamawiającego innych dokumentów niż raport z testów lub certyfikat potwierdzający zgodność jest sprzeczne z normami zawartymi w art. 106 ustawy pzp, tj. jest nieproporcjonalne i zbędne z perspektywy zabezpieczenia interesów Zamawiającego w postępowaniu oraz narusza zasady równego traktowania wykonawców (art. 16 ustawy pzp),

2. art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 65 (1) k.c. i art. 65 (1) k.c. — poprzez przyjęcie niekorzystnej dla Odwołującego się i subiektywnej, nieznajdującej odzwierciedlenia w literalnych zapisach SWZ, wykładni treści SWZ w zakresie Rozdz. IV ust. 1 pkt 1 i 2, prowadzącej do uznania, że Odwołujący się nie przedłożyli wraz z ofertą żądanych w tych punktach dokumentów, choć językowa i obiektywna wykładnia tego dokumentu do takiego wniosku nie prowadzi.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności podjętej w w/w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego a także nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami przedstawionymi w SWZ jako niepodlegającej odrzuceniu i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz każdego Odwołującego kwot: po 1/2 uiszczonej opłaty od odwołania oraz po 1/2 wysokości kosztów obsługi prawnej w związku z wywiedzionym odwołaniem, zgodnie z zestawieniem kosztów i faktur, jakie zostanie dołączone na dalszym etapie postępowania odwoławczego;

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam przytoczone.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w postępowaniu dopuścił oferowanie produktów równoważnych (tzw. zamienników), pod warunkiem spełnienia przez nie określonych norm i standardów jakościowych i technicznych. Udowodnienie spełnienia owych kryteriów spoczywało na Wykonawcy. W ramach przedmiotowych środków dowodowych (Rozdz. IV SWZ) Zamawiający zawarłprzy tym następująco opisany wymóg: Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. 1. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych niepodlegających uzupełnieniu w myśl art. 107 ust. 2 ustawy składanych w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych w pozycjach od 1 do 92 formularza cenowego Wykonawca załączy do oferty:

1) Dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IE 24712 dla wkładów atramentowych.

Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu. Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do oferty wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego lub podmiot do tego nieuprawniony. Dokument, o którym mowa musi odnosić się do zaoferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych w poz. od 1 do 92 z dokumentu musi wynikać że wydajność zmierzona została według norm ISO/IEC 19798, ISO ISO/IEC 19752 ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Przyznanie dokumentu Wykonawcy musi zostać poprzedzone badaniem wydajnośc zgodnie z w/w normami wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych w poz. od 1 do 92 z wyłączeniem wkładów do urządzeń kserograficznych.

2) Raporty wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (w rozumieniu definicji podmiotu uprawnionego do kontroli jakości określonej w ppkt. 1) potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i Iso/1Ec 24712 dla wkładów atramentowych.

Odwołujący dla spełnienia wymogu dowodowego z pkt 1 i 2 powyżej przedłożył wraz z ofertą raporty z badań przeprowadzonych przez akredytowany przez PCA podmiot uprawniony do kontroli jakości. Zamawiający odrzucił jednak ofertę Odwołującego uznając, że nie wypełnił wymogu określonego w punkcie 1 (nie przedłożyli „dokumentu ” tam opisanego). W ocenie Odwołującego jest jednak tak, że kryteria przewidziane dla „dokumentu” opisanego w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 i „raportu wydanego przed podmiot uprawniony do kontroli jakości”, o którym mowa w pkt 2, może spełniać równocześnie jeden i ten sam dokument: to jest właśnie raport z badań wydany przez podmiot uprawniony do kontroli, który owe badania (testy) przeprowadził. Jeżeli bowiem przeanalizować dokładnie brzmienie będącego przedmiotem sporu zapisu zawartego w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 SWZ, to trzeba dojść do przekonania, że Zamawiający:

1) żąda „dokumentu nie wskazując, jaki powinien on mieć charakter (zaświadczenie, certyfikat, oświadczenie, czy jakikolwiek inny),

2) nie ingeruje w treść tego „dokumentu” (tj. nie stawia jej żadnych wymagań), prócz tego, że:

a) dokument ten ma potwierdzać wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych,

b) żąda, by dokument ów potwierdzał wydajność każdego z oferowanych produktów równoważnych i by poświadczał, że każdy z oferowanych produktów został poddany stosownemu badaniu,

c) żąda, by pochodził od niezależnego i akredytowanego podmiotu oceniającego zgodność (odwołuje się tu wyraźnie do art. 105 ust. 2 ustawy pzp) - a nie np. od producenta materiału.

Wszystkie te wymogi spełniały załączone do oferty przez Odwołującego raporty z badań, albowiem:

- są to „dokumenty” wystawione przez zewnętrzny dla producenta i wykonawcy akredytowany podmiot oceniający zgodność (w rozumieniu definicji z art. 105 ust. 2 ustawy pzp), - potwierdzają one przeprowadzenie testów wydajnościowych zgodnie z oczekiwanymi przez Zamawiającego normami,

- potwierdzają, że każdy z opisanych w nich produktów został poddany stosownemu badaniu pod kątem wydajności produktu, zgodnemu z normami ISO i że spełnił wymóg zgodności z tymi normami (dokument został wydany dopiero po przeprowadzeniu tych badań).

Zatem opierając się na literalnej treści SWZ i poddając ją racjonalnej wykładni — językowej, trzeba uznać, że raporty z badań przedłożone przez Wykonawcę z ofertą spełniły oba omawiane wymagania stawiane w SWZ.

Zamawiający odrzucił jednak tę argumentację i na wystąpienie Odwołującego o zmianę decyzji o jego wykluczeniu odpowiedział, że w jego ocenie przedłożona dokumentacja nie spełnia kryteriów opisanych właśnie w punkcie 1 ustępu 1

rozdziału IV SWZ.

Zamawiający nie odrzucił jednak ofert tych wykonawców, którzy przedłożyli oprócz raportów z badań także tzw. „ certyfikaty ogólne ” wystawione przez akredytowane przez PCA jednostki badawcze. Odwołujący podkreślił, że certyfikat ogólny nie jest dokumentem potwierdzającym, że każdy „wpisany” na niego produkt został poddany badaniu zgodnie z normami. Z założenia więc taki dokument — certyfikat ogólny — nie spełnia wcale wymogów opisanych w Rozdz. IV ust. 1 pkt 1 SWZ.

Jak wynika z załączonej do odwołania oferty certyfikacji skierowanej do producenta materiałów zamiennych, od którego Odwołujący zamierzał nabyć na potrzeby tego postępowania materiały eksploatacyjne, a wystawionej przez podmiot akredytowany przez PCA - TUV Rheinland Polska, aby mieć możliwość zamieszczenia na certyfikacie ogólnym od 26 do 50 produktów, wystarczy poddać badaniu jedynie 22. Aby „wpisać” do certyfikatu od 151 do 280 produktów — badaniu trzeba poddać 28, itd. Zatem certyfikat ogólny, na który powołali się inni wykonawcy, których ofert nie odrzucono, wcale — i to już z samego założenia sposobu jego tworzenia oraz celu, jakiemu ma służyć — nie jest zaświadczeniem, że wszystkie opisane w nim produkty zostały przebadane zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający popełnił nie tylko błąd logiczny i przedmiotowy przy odrzucaniu oferty NETPRINT s.c., ale także naruszył zasady, jakie rządzą wykładnią treści SWZ, a które obowiązują wszystkie podmioty mające z nią do czynienia. Chodzi tu o to, że Zamawiający, choć zredagował SWZ w sposób umożliwiający wykonawcom różnorakie rozumienie zapisów Rozdz. IV ust. 1 pkt. 1 i 2, przyjął sobie odgórne i zupełnie subiektywne, nielicujące z literalną treścią tych zapisów rozumienie postawionych wymogów. Mówiąc inaczej — Zamawiający być może pisząc SWZ miał na myśli co innego, ale zapisał co innego i na etapie oceny ofert odszedł od racjonalnej i literalnej wykładni stworzonej przez siebie specyfikacji na korzyść rozumienia zapisów SWZ tak, jak uznał dla siebie za korzystne. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 737/16. Specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c. (tak wyrok z dnia 31 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 503/14). Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny. Artykuł 65 par. 1 k.c., zawierający dyrektywy wykładni oświadczeń woli, nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia - zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Wszelkie niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15, wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1557/14, wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2260/13 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt: I C 2/15, niepubl. Z powyższych reguł interpretacyjnych wynika jasno, że zarówno treść oświadczeń składanych przez strony postępowania w trybie zamówień publicznych, takich jak: SWZ, czy oferta wykonawcy, podlegają regułom wykładni oświadczeń woli i wiedzy (art. 65 i 65 1 k.c.), przy czym z tym zastrzeżeniem, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Jeżeli więc Zamawiający tak opisał oczekiwane przez siebie przedmiotowe środki dowodowe, że wymóg opisany w dwóch osobnych punktach SWZ spełniać może równocześnie jeden i ten sam środek dowodowy, to nie ma żadnych podstaw do tego, aby ową okoliczność rozstrzygać na niekorzyść wykonawców. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty oraz pisma wysłanego Odwołującemu później powołuje się na zasadę równego traktowania wszystkich oferentów, ale w istocie — poprzez swoją decyzję — zasadę tę naruszył.

W dniu 30 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Praxis Łódź P. i P. sp. j. z siedzibą w Łodzi. Przystępujący nie stawił się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego zawiadomienia.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 i 2 SWZ:*„Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. 1. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych niepodlegających uzupełnieniu w myśl art. 107 ust. 2 ustawy składanych w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych w pozycjach od 1 do 92 formularza cenowego Wykonawca załączy do oferty: 1) Dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla*

tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładó atramentowych. Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu. Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do oferty wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego lub podmiot do tego nieuprawniony. Dokument, o którym mowa musi odnosić się do zaoferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych w poz. od 1 do 92 z dokumentu musi wynikać że wydajność zmierzona została według norm ISO/IEC 19798, ISO ISO/IEC 19752 ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Przyznanie dokumentu Wykonawcy musi zostać poprzedzone badaniem wydajnośc zgodnie z w/w normami wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych w poz. od 1 do 92 z wyłączeniem wkładów do urządzeń kserograficznych. 2) Raporty wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (w rozumieniu definicji podmiotu uprawnionego do kontroli jakości określonej w ppkt. 1) potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IE 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych."

Do oferty Odwołujący załączył Raporty z testów badania wydajności za zgodność z wymaganymi SWZ normami ISO.

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7 lipca 2021 r. Zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne odrzucenia: *„Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."*

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 9 lipca 2021 r. – sprostowanie – Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego: *„Wykonawca nie dostarczył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego równoważność w odniesieniu do zaoferowanych w ofercie materiałów eksploatacyjnych, OFFICE SUPPORT, o których mowa w SWZ Rozdział IV pkt. 1 ppkt.1. tj: 1) „Dokumentu wydaneg przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładó atramentowych Zamawiający w SWZ jasno określił definicję podmiotu do kontroli jakości tj.: Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu…Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że dostarczone przez Wykonawcę Raporty potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych są jednym z wymaganych dokumentów w SWZ, o których mowa w Rozdziale IV pkt. 1 ppkt. 2. Dostarczenie dokumentów, o których mowa w Rozdziale IV pkt 1. ppkt. 2, 3, 4 bez dokumentu o którym mowa w ppkt. 1 jest niewystarczające. W tym przypadku nie ma możliwości uznania oferty Wykonawcy, ponieważ czynność ta spowodowałby naruszenie zasady równego traktowania wszystkich Wykonawców, tym bardziej, że wszyscy Wykonawcy zaakceptowali warunki określone w SWZ miedzy innymi wymóg dostarczenia dokumentu, o którym mowa w ppkt. 1, co w konsekwencji uczynili."*

Z dowodu załączonego do odwołania – Procedura certyfikacji kartridży z tuszem i tonerem TüVRheinland – wynika, że aby uzyskać certyfikat na od 91-150 zamienników to wystarczające jest przebadanie 26 próbek.

Z dowodu załączonego do odpowiedzi na odwołanie – artykuł „Certyfikat a raport z badań, TüVRheinland" – wynika że certyfikat odnosi się do modelu wyrobu / partii modelu wyrobu, a raport z badań do badanego egzemplarza wyrobu.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć: *„środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia."*

Artykuł 8 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej."*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."*

W myśl 105 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z ba-dań przeprowadzonych przez tę jednostkę. 2. 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)."*

Zgodnie z art. 106 ustawy pzp: *„1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. 3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania,*

cechy lub kryteria."

Artykuł 107 ustawy pzp stanowi: *„1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych."*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. (…) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".*

Zgodnie z art. 65 par. 1 k.c.: *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje."*

W myśl art. 65 (1) k.c.: *„Przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń."*

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego - dokumentu, o którym mowa w Rozdziale IV pkt 1 SWZ. Analiza treści SWZ i postawionych wymagań doprowadziła Izbę do przekonania, że działania Zamawiającego prowadzące w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego były niezasadne z kilku powodów.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że bezsporne między Stronami było, iż Odwołujący złożył właściwy przedmiotowy środek dowodowy wymagany pkt 2 Rozdziału IV SWZ. Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowi wyłącznie o braku dokumentu z Rozdziału IV pkt 1 SWZ. Przechodząc do wykładni treści zawartej w tym postanowieniu wskazać należy, że Zamawiający wymagał złożenia „dokumentu" nie określając typu czy też nazwy tego dokumentu. Następnie Izba zwraca uwagę, że celem jakiemu ma służyć przedstawienie przedmiotowych środków dowodowych jest zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Ponadto, jak stanowi art. 106 ust. 1 ustawy pzp, przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań. Tym samym, zamawiający ustalając katalog żądanych przedmiotowych środków dowodowych jest zobowiązany wskazać jakie wymagania stawiane w postępowaniu przez zamawiającego powinny te środki dowodowe potwierdzać. Niewątpliwie zgodnie z Rozdziałem IV Zamawiający żądał przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych w pozycjach od 1 do 92 formularza cenowego. W zakresie pkt 1 SWZ Zamawiający żądał przedstawienia „dokumentu" w celu potwierdzenia wydajności mierzonej zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dl wkładów atramentowych. Z dokumentu musiało wynikać: *„że wydajność zmierzona została według norm ISO/IEC 19798, ISO ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712"*. Analiza pkt 1 oraz 2 SWZ prowadzi do wniosku, że wymagania co do tych dwóch przedmiotowych środków dowodowych w zasadzie się pokrywały, gdyż po pierwsze miały potwierdzać tą samą okoliczność: wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych oraz miały zostać wydane przez ten sam podmiot: uprawniony do kontroli jakości: podmiot zewnętrzny (niezależny) posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Różnica polegała wyłącznie na określeniu nazwy środka dowodowego. W pkt 2 miał być to raport z badań, natomiast w przypadku pkt 1 miał być to po prostu dokument, przy czym jego wystawienie miało poprzedzać przeprowadzenie badania wydajności zgodnie z normami wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych w poz. od 1 do 92 z wyłączeniem wkładów do urządzeń kserograficznych. Potwierdzeniem, że Zmawiający w pkt 1 SWZ żądał wyników z testów wydajności, jest zawarte w nim stwierdzenie: *„Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do oferty wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego lub podmiot do tego nieuprawniony."* Izba zwraca również uwagę, że Zamawiający nie zawarł w SWZ postanowienia wyłączającego możliwość złożenia jednego dokumentu na potwierdzenie kilku wymagań z punktów Rozdziału IV SWZ. Takie ograniczenie nie wynika również z przepisów prawa.

Mając na względzie powyższe rozważania Izba uznała, że raporty z badań przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą potwierdzały wymagania zarówno z pkt 1 jak i 2 Rozdziału IV SWZ. Argumentacja Zamawiającego wskazująca na postanowienie z pkt 1 dotyczące konieczności poprzedzenia badaniami wystawienia dokumentu co eliminuje możliwość wykazania się raportem z badań jest chybiona. Logicznym jest, iż wystawienie raportu z badań determinuje wcześniejsze przeprowadzenie badań i ustalenie wyników tych badań. Niezasadne jest również twierdzenie Zamawiającego, iż skoro inni wykonawcy w odniesieniu do pkt 1 SWZ złożyli certyfikat to oznacza, że Odwołujący nie przedstawił właściwego dokumentu. Stanowisko to nie znajduje uzasadnienia w treści SWZ, zgodnie z którą w pkt 1 Zamawiający żądał złożenia „dokumentu" mającego potwierdzać określone wymagania, a nie „certyfikatu". Nawet jeśli Zamawiający faktycznie oczekiwał złożenia certyfikatu, ponieważ jak argumentował na rozprawie taki dokument pełniej zabezpiecza interesy Zamawiającego, to nie zostało to wyrażone w treści SWZ. Założenie takie znajduje odzwierciedlenie w złożonej odpowiedzi na odwołanie: *„Z publicznie dostępnych danych wynika, że czym innym jest certyfikat a czym innym raport z badań. Zamawiający żądał w rozdziale III SWZ dwóch dokumentów – certyfikatu i raportów, gdyż chciał mieć pewność, że dostarczone wyroby będą spełniały normy. Może być taka sytuacja, że podmiot będzie miał raporty ale nigdy nie wystąpi o certyfikat. Certyfikat wymaga o wiele więcej od Wykonawcy niż same raporty z badań."* Izba dostrzega różnice pomiędzy certyfikatem a raportem z badań, również w oparciu o złożony przez

Zamawiającego dowód, jednak kwestia ta pozostaje irrelewantna dla rozstrzygnięcia sprawy. Zamawiający nie stawiał bowiem wymagania złożenia przez wykonawców dokumentu jakościowego - certyfikatu w odniesieniu do przedmiotowego środka dowodowego z Rozdziału IV pkt 1 SWZ, co niezaprzeczalnie wynika z jego literalnego brzmienia. Zamawiający nie może po terminie składania ofert stawiać wykonawcom wymagań, które nie wynikają z przygotowanych dokumentów zamówienia. Izba nie zgadza się również z twierdzeniem, że Odwołujący powinien w tym zakresie zadać pytanie o wyjaśnienie treści SWZ. W ocenie Izby Odwołujący nie mógł mieć wątpliwości co do stawianych wymagań, gdyż nie były one niejasne. Jak wykazało postępowanie odwoławcze, to Zamawiający nie dołożył należytej staranności w opisaniu przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych środków dowodowych zgodnie z własnymi oczekiwaniami, a tych nieujawnionych oczekiwań nie mogą się jednak domyślać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wobec tego Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji od Wykonawcy, który złożył ofertę odpowiadającą treści SWZ. Zaznaczyć także należy, że Odwołujący złożył jeden dokument na potwierdzenie wymagań z pkt 1 i 2, gdyż jak podnosił w jego ocenie certyfikat TüVRheinland mógłby zostać uznany przez Zamawiającego jako niezgodny z pkt 1, jako że badania za zgodność z normą nie są przeprowadzane w odniesieniu do każdego oferowanego wkładu, a jedynie co do określonej ilości próbnych wkładów. Wynika to zarówno z dowodu przedłożonego przez Zamawiającego jak i Odwołującego.

Mając na względzie, że raport z testów z pkt 2 SWZ w zasadzie zawierał wymagania z pkt 1 SWZ, a Zamawiający uznał przedmiotowy środek dowodowy dla pkt 2 SWZ złożony przez Odwołującego za prawidłowy, to był on również właściwy dla pkt 1 SWZ. Tym samym, Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, której to czynności unieważnienie Izba nakazała w sentencji orzeczenia, stwierdzając naruszenie podniesionych w odwołaniu przepisów ustawy pzp oraz k.c.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.
Wbrew wnioskowi Odwołującego Izba zasądziła koszty łącznie na rzecz Odwołującego, gdyż Odwołujący – J. W. oraz B. S. występują wspólnie zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jako Wykonawca, oraz w postępowaniu odwoławczym – jako Odwołujący.
Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o nie zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, z uwagi na nieopłacenie faktury VAT przedłożonej Izbie na rozprawie. Po pierwsze, Zamawiający nie posiada takiej wiedzy, czy faktura została opłacona czy nie, gdyż jako sposób płatności wskazano – „przelew" w ciągu 7 dni. Po drugie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia: *„Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami", zalicza się: (…) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych."* Rozporządzenie nie stanowi o kosztach opłaconych na moment przedłożenia Izbie rachunków, a jedynie o kosztach uzasadnionych. Pełnomocnik Odwołującego stawił się na posiedzenie i rozprawę przedstawiając stanowisko Strony, uzasadnienie prawne i faktyczne wniesionego odwołania oraz argumentację w odniesieniu do złożonej odpowiedzi na odwołanie, przedłożył również Izbie fakturę. Nie ulega więc wątpliwości, że koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego były kosztami uzasadnionymi, które Izba postanowiła zasądzić zgodnie z sentencją orzeczenia.

Przewodniczący: ……