

WYROK

z dnia 27 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 września 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 roku przez

wykonawców S. i M. K. - Renopol s.c. S. i M. K. w Radoniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Skarb Państwa - Mazowiecki Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale wykonawców: J. W. i B. S. - NETPRINT s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców S. i M. K. - Renopol s.c. Sebastian i Magda Kwiatkowscy w Radoniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców S. i M. K. - Renopol s.c. S. i M. K. w Radoniu tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), 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

Zamawiający - Skarb Państwa - Mazowiecki Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR, część 1 - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 września 2021 roku wykonawcy S. i M. K., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Renopol s.c. S. i M. K. w Radoniu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S. (dalej także: przystępujący), zaniechania odrzucenia oferty tegoż wykonawcy, jak również zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S., pomimo iż treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której powinna ona podlegać odrzuceniu a tym samym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
3. art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z ostrożności procesowej :

4. Art. 107 ust. 4 w zw. z art. 106 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do dalszych wyjaśnień w zakresie przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez wykonawcę na wezwanie w postaci Deklaracji kompatybilności, mimo, iż był on niekompletny i nie stanowił równoważnego środka dowodowego względem wymaganych przez zamawiającego na podstawie art. 105 ust. 1 i 106 ustawy P.z.p.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1 - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark,
- b) odrzucenie oferty wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S. w części nr 1 - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark,
- c) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w części nr 1 sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark,

Odwołujący podniósł, że jego interes został w postępowaniu naruszony z uwagi na fakt, że czynności zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiły odwołującemu udzielenie zamówienia poprzez dokonanie wyboru jego oferty w części nr 1 - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę w związku z brakiem wyboru jego oferty i uzyskania zamówienia. W związku z powyższym odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że przystępujący złożył ofertę na część I postępowania, w której w pozycji nr 6 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ zaoferował toner INKDIGO LE-510-2 E-SMARK DIGITAL MEDIA. Jednocześnie z ofertą przystępujący przedłożył raport badań nr 26632892-4/2016.001 przeprowadzonych przez TUV Rhienland Polska oraz kartę specyfikacji technicznej produktu celem potwierdzenia równoważności.

Zgodnie z treścią pierwszego z wymienionych wyżej dokumentów zaoferowany toner był testowany na drukarkach Lexmark MS510dn oraz Lexmark MS610dn. Stosownie natomiast do treści karty specyfikacji produktu zaoferowany toner ma możliwość zastosowania w urządzeniach drukujących Lexmark Lexmark MS510dn, Lexmark MS610dn, Lexmark MS 610 de, Lexmark MS610 dte, Lexmark MS 610 dtn, Lexmark MS610 Series.

Odwołujący stwierdził, że w związku z faktem, iż z żadnego z wyżej wymienionych dokumentów nie wynika, by zaoferowany toner INKDIGO LE-510-2 E-SMARK DIGITAL MEDIA był kompatybilny z urządzeniem Lexmark MX 611, wskazanym przez zamawiającego w pozycji nr 6 formularza, wezwał przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających kompatybilność zaoferowanego tonera z drukarką Lexmark MX611. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedłożył dokument pochodzący od producenta tonera a określony jako DEKLARACJA KOMPATYBILNOŚCI, w którym zawarto oświadczenie, że produkt o kodzie handlowym LE-510-2 jest w pełni kompatybilny z drukarką Lexmark MX611. W treści dokumentu wskazano, że parametry druku - ilość możliwych stron do wydrukowania czy jakość druku - są na tym samym poziomie co produkt

oryginalny przeznaczony do tej drukarki.

W ocenie odwołującego działania i zaniechania zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego oraz wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej doprowadziły do sytuacji, w której zamawiający otrzyma produkt niezgodny z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że analizując treść oferty przystępującego wraz z dokumentami, które zostały załączone do oferty a mają wskazywać zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego, uznać należy, że oferta ta w zakresie pozycji nr 6 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia

(s.w.z.), tj. tonera INKDIGO LE-510-2 E-SMARK DIGITAL MEDIA, jest niezgodna z

wymaganiem, jakie postawił zamawiający produktom równoważnym oferowanym w miejsce produktów oryginalnych bowiem zaoferowany produkt nie jest kompatybilny ze sprzętem, do którego jest przeznaczony, to znaczy z drukarką Lexmark MX611.

Odwołujący zauważył, że wykazania równoważności zamawiający domagał się między innymi poprzez załączenie wyników testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19752 dla tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych. Załączone przez przystępującego do oferty dokumenty w postaci raportu badań nr 26632892-4/2016.001 przeprowadzonych przez TUV Rhienland Polska oraz karty specyfikacji technicznej produktu nie potwierdzają w żadnym fragmencie równoważności. Z treści raportu badań nr 26632892-4/2016.001 przeprowadzonych przez TUV Rhienland Polska wynika, że zaoferowany toner był testowany na drukarkach Lexmark MS510dn oraz Lexmark MS610dn, zaś z treści karty specyfikacji produktu wynika, że zaoferowany toner ma możliwość zastosowania w urządzeniach drukujących Lexmark

Lexmark MS510dn, Lexmark MS610dn, Lexmark MS610 de, Lexmark MS610 dte, Lexmark MS610 dtn, Lexmark MS610 Series. Oznacza to, że zaoferowany toner nie jest kompatybilny w zakresie wymaganym przez Zamawiającego z drukarką Lexmark MX611. Nie zmienia tego faktu dokument przedłożony przez przystępującego, oznaczony jako DEKLARACJA KOMPATYBILNOŚCI, z którego miałyby wynikać, że zaoferowany toner jest kompatybilny w zakresie wymaganym przez zamawiającego z drukarką Lexmark MX611. W ocenie odwołującego, rzetelność tego dokumentu budzi wątpliwości. Skoro nie tylko z treści raportu badań nr 26632892-4/2016.001 przeprowadzonych przez TUV Rhienland Polska, ale nawet z karty produktu, która została przygotowana przez producenta sprzętu, nie wynika, by zaoferowany toner był w pełni kompatybilny z drukarką Lexmark, to oświadczenie złożone przez producenta, dopiero na wezwanie zamawiającego a do tego zawierające bardzo lakoniczną treść, w świetle której produkt o kodzie handlowym LE-510-2 jest w pełni kompatybilny z drukarką Lexmark MX611, bowiem parametry druku - ilość możliwych stron do wydrukowania czy jakość druku - są na tym samym poziomie co produkt oryginalny przeznaczony do tej drukarki, nie może stanowić dowodu, że zaoferowany toner jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Skoro zatem produkt ten nie spełnia wymagań zawartych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, oferta przystępującego oferującego ten produkt winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 27 września 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie oczekiwał dowodu potwierdzającego kompatybilność, oczekiwał dowodu na równoważność. Wskazał, że raport z badań przedłożony przez przystępującego nie wskazuje co prawda modelu zamawiającego, ale badaniu nie musi podlegać każde urządzenie. W tym przypadku badaniu podlegały 3 egzemplarze 2 modeli. Zamawiający poprosił przystępującego o wyjaśnienie dot. kompatybilności i było to dla zamawiającego wystarczające.

Przystępujący w piśmie z dnia 10 września 2021 roku, zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący zarzucił odwołującemu nieprawidłowe podniesienie zarzutów odwołania. Zdaniem przystępującego, zarzuty odwołania skupiają się wyłącznie na tym, że zamawiający nie odrzucił oferty NETPRINT s.c., ale wybrał ją jako najkorzystniejszą. Odwołanie powołuje (poza ogólnie sformułowanym zarzutem z art. 16 i zarzutami podniesionymi z ostrożności) jako podstawę prawną tylko przepisy wskazujące na normę kompetencyjną do dokonania wyboru i odrzucenia oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nie mówią jednak nic, jaką normę szczególną zamawiający miał naruszyć, to znaczy, z jakiego przepisu prawa (rzekomo

naruszonego) miałyby wynikać, iż należało ofertę NETPRINT s.c. odrzucić. W ocenie przystępującego, jeżeli odwołujący twierdzi, że oferta winna być odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, to powinien wskazać, jaki przepis kreuje owe warunki lub z jakimi warunkami zamówienia oferta była niezgodna. Tego zarzutem odwołania brak. Już tylko z tej przyczyny odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie przystępującego, odwołujący jest w błędzie zarzucając, iż oferta NETPRINT s.c. nie spełniała warunków zamówienia. Warunki zamówienia, których dotyczy odwołanie, zostały opisane na stronach 4-6 s.w.z. Z s.w.z. wynika, że zamawiający dopuścił oferowanie materiałów równoważnych pod warunkiem spełnienia przez nie określonych wymagań dotyczących jakości i wydajności. Miały one również być kompatybilne ze sprzętem, do którego są przeznaczone. Co do „kompatybilności”, na stronie 4 s.w.z. zawartą jasną i szczegółową informację, czym powinny charakteryzować się produkty równoważne i jakie zamawiający stawia im wymagania, w tym także w zakresie wykazania przez wykonawcę danych cech.

Przystępujący podniósł, że zamawiający zażądał jedynie środków dowodowych niezbędnych do wykazania równoważności oferowanych produktów, a nie do wykazania „kompatybilności”. W s.w.z. zawarł jedynie wymóg, że produkt ma być kompatybilny. Jeśli więc nie oczekiwano od wykonawców dowodów na kompatybilność, to NETPRINT nie miał obowiązku takiego dokumentu załączać do oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

I część - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń Lexmark, II część - sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń OKI, Kyocera, HP, Samsung, Xerox.

Zamawiający w s.w.z. w Opisie części zamówienia w I.2.5 zawarł zapis, zgodnie z którym wymaga dostarczenia materiałów eksploatacyjnych o najwyższej jakości, spełniających wszystkie parametry określone w specyfikacji warunków zamówienia, pełnowartościowych, kompatybilnych ze sprzętem, do którego są przeznaczone, oryginalnych lub równoważnych. Oferowane materiały muszą spełniać wymagania producenta drukarek w zakresie jakości, muszą być fabrycznie nowe, nieregenerowane, niefabrykowane, niewchodzące wcześniej, pierwotnie w całości ani w części w skład innych materiałów w nienaruszonych opakowaniach producenta.

W ust. 8 zamawiający zdefiniował, że pod pojęciem materiał eksploatacyjny równoważny zamawiający rozumie materiał kompatybilny ze sprzętem, do którego jest przeznaczony, o parametrach takich samych lub lepszych w zakresie wydajności w stosunku do produktu zalecanego przez producenta sprzętu, które są wyrobami gotowymi, ze zdefiniowanymi parametrami jakościowymi dla danego typu asortymentu.

Zgodnie z ust. 16, zamawiający dopuszcza zaoferowanie materiałów równoważnych pod warunkiem że:

a) Materiały równoważne muszą być materiałami fabrycznie nowymi. Fabrycznie nowe materiały w tym przypadku oznaczają: produkt, który w nowej formie nie był wcześniej eksploatowany, powstały w cyklu produkcyjnym, wykonany z nowych elementów wcześniej nie eksploatowanych, nie przerabianych, nie pochodzących z procesu regeneracji lub recyklingu (m.in. nowe bębny, nowe wałki optyczne, nowe listwy zgarniające, nowe elementy uszczelniające, nowe elementy elektroniczne - w tym chip'y), elementy nie mogą nosić śladów uszkodzenia ani wcześniejszego użytkowania. Zamawiający dopuszcza jedynie plastikową obudowę (kasetę) pochodzącą z recyklingu. Pod pojęciem „recyklingu” Zamawiający rozumie proces wyłaniania części użytkowej (plastikowej obudowy), która posiada wszystkie funkcje i parametry użytkowe w formie niezmiennej i nie wymaga wykonania czynności przywracającej

takie funkcje czy parametry. Zabronione jest dokonywanie jakichkolwiek przeróbek.

b) W przypadku oferowania materiałów równoważnych, Wykonawca winien - wykazać, że oferowany towar spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie wydajności i pojemności. Oferowany produkt równoważny nie może naruszać praw patentowych producentów oryginalnych materiałów. W przypadku oferowania materiałów „równoważnych”, ciężar udowodnienia „równoważności” w zakresie wydajności i pojemności spoczywa na Wykonawcy.

c) posiadają znak firmowy producenta oraz etykiety identyfikujące dany produkt pozwalające na ich identyfikację bez konieczności naruszania opakowania, z wszelkimi zabezpieczeniami stosowanymi przez producentów (np. hologramy), a także w sposób chroniący przed działaniem czynników zewnętrznych (hermetyczne wewnętrzne opakowanie);

d) są kompatybilne ze sprzętem, do którego są przeznaczone, o parametrach takich samych bądź lepszych niż odpowiadające im produkty oryginalne (pojemność tuszu/ tonera, ilość uzyskanych kopii nie może być mniejsza niż dla produktów oryginalnych).

W myśl ust. 18, zgodnie z art. 105 ust. 1 oraz 106 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dla wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych n/w dokumenty:

1) dokumenty potwierdzające zgodność z normami:

a. certyfikaty potwierdzające, że proces produkcji zaproponowanego asortymentu równoważnego przebiega zgodnie z normami ISO 9001:2015 lub równoważnymi

b. certyfikat ISO 14001:2015 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;

c. 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/y cenowego/ych zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ;

d. wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19752 dla tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych;

e. wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych.

2) Oświadczenie, którego wzór stanowi załącznik nr 9 do s.w.z.

Przystępujący złożył ofertę na część I postępowania, w której w pozycji nr 6 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do s.w.z. zaoferował toner INKDIGO LE-510-2 E-SMARK DIGITAL MEDIA.

Jednocześnie z ofertą przystępujący przedłożył raport badań nr 26632892-4/2016.001 przeprowadzonych przez TUV Rhienland Polska oraz kartę specyfikacji technicznej produktu celem potwierdzenia równoważności. Zgodnie z treścią pierwszego z wymienionych wyżej dokumentów zaoferowany toner był testowany na drukarkach Lexmark MS510dn oraz Lexmark MS610dn. Stosownie natomiast do treści karty specyfikacji produktu

zaoferowany toner ma możliwość zastosowania w urządzeniach drukujących Lexmark Lexmark MS510dn, Lexmark MS610dn, Lexmark MS 610 de, Lexmark MS610 dte, Lexmark MS 610 dtn, Lexmark MS610 Series.

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2021 roku wezwał przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających kompatybilność zaoferowanego tonera z drukarką Lexmark MX611.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 czerwca 2021 roku przedłożył dokument pochodzący od producenta tonera a określony jako DEKLARACJA KOMPATYBILNOŚCI, w którym zawarto oświadczenie, że produkt o kodzie handlowym LE-510-2 jest w pełni kompatybilny z drukarką Lexmark MX611. W treści dokumentu wskazano, że parametry druku - ilość możliwych stron do wydrukowania czy jakość druku jest na tym samym

poziomie co produkt oryginalny przeznaczony do tej drukarki.

W dniu 30 sierpnia 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Analiza wskazanych wyżej postanowień s.w.z., w tym w szczególności pkt 16 i 18 pozwala na wniosek, iż zamawiający wymagał wykazania - za pomocą wskazanych przez niego środków dowodowych - równoważności produktu. Zamawiający nie sformułował żadnych wymagań odnośnie dokumentów mających potwierdzać kompatybilność produktu z urządzeniem wskazanym przez zamawiającego, tj. drukarką Lexmark MX611. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, iż przystępujący złożył wymagane w pkt. 18 dokumenty dla wykazania równoważności oferowanego produktu.

Tym samym zarzut odwołania, iż środki dowodowe wskazane w pkt. 18 s.w.z. miały wykazać kompatybilność produktu, należy uznać za nieuzasadniony.

Wskazać należy, że zakaz zamawiającego w zakresie przedstawienia zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów dotyczył wyłącznie dokumentów wskazanych na potwierdzenie równoważności produktu, nie dotyczył natomiast innych warunków, w tym wykazania kompatybilności.

Znamienne jest, iż zamawiający w dniu 15 czerwca 2021 roku wezwał przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających kompatybilność zaoferowanego tonera z drukarką Lexmark MX611, nie wskazując na konkretny rodzaj lub charakter dokument, który miałby tę kompatybilność potwierdzać. Przystępujący był zatem uprawniony do przedłożenia takiego dokumentu, jakim dysponował, o ile ten potwierdzał, że zaoferowany produkt jest kompatybilny ze wskazanym urządzeniem. Dokumentem takim mogło być również oświadczenie producenta tonera, w którym potwierdza on wymaganą kompatybilność.

Odwolujący zakwestionował rzetelność złożonej przez przystępującego deklaracji producenta, niemniej jednak nie wykazał w sposób dostateczny, na jakiej podstawie tę rzetelność podważa. Wydaje się, że odwołujący utożsamia wymóg dotyczący równoważności z wymogiem kompatybilności, jako że w treści odwołania podnosi, iż kompatybilność tonera nie została wykazana raportem z badań. W tym miejscu ponownie należy podkreślić, że raport z badań miał być złożony dla wykazania równoważności, nie kompatybilności produktu.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez odwołującego na rozprawie w dniu 27 września 2021 roku pisma Lexmark International Polska Sp. z o.o. w Warszawie, niemniej jednak stwierdziła, że informacja zawarte w piśmie nie mogą przesądzać o tym, że zaofiarowany przez przystępującego toner 50F2U0E nie jest kompatybilny z urządzeniem wskazanym w s.w.z. Przede wszystkim autor pisma nie oświadcza w sposób kategoryczny, iż zaofiarowany toner nie jest kompatybilny ze wskazaną drukarką, ale że nie jest przeznaczony do użytku w tym urządzeniu. Uzasadnienie takiego stanowiska znajduje się natomiast w dalszej części pisma, z której wynika, że Lexmark preferuje i rekomenduje wyłącznie produkty oryginalne. Stanowisko takie pozostaje w sprzeczności z wyrażoną w art. 99 ust. 5 i 6 ustawy P.z.p. możliwością zaofiarowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego produktu równoważnego w sytuacji, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą wskazania znaku towarowego produktu.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego kompatybilności tonera z drukarką wskazaną przez zamawiającego należy uznać za bezpodstawne, natomiast samo zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego - za zgodne z przepisami ustawy P.z.p.

Oddalenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadnione zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której powinna ona podlegać odrzuceniu, a tym samym zaniechanie wyboru ofert odwołującego oraz art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, wskazując na powyższe, Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 107 ust. 4 w zw. z art. 106 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 107 ust. 4 zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Stosownie zaś do treści art. 106 ust. 3 ustawy P.z.p., 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.

Izba podziela stanowisko przystępującego, wyrażone w piśmie z dnia 10 września 2021 roku, iż środki przedmiotowe dowodowe wymagane w tym postępowaniu dotyczyły wykazania równoważności, nie zaś kompatybilności, zatem do dokumentu złożonego przez przystępującego w celu wykazania kompatybilności nie mogą mieć zastosowania przepisy dotyczące przedmiotowych środków dowodowych.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

Izba nie przyznała zamawiającemu kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020, poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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: