

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę "PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" spółkę jawną z siedzibą w Łodzi przy ul. Przędzalnianej 35 (90-035 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 4727 z siedzibą w Krakowie przy ul. Tynieckiej 45 (30-901 Kraków)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy KOMAX 9 spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie przy ul. Przemysłowej 2 (10-418 Olsztyn)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 1.2 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w części 1, 4 i 5 postępowania;

1.2. odtajnienie przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX 9 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie wraz z ofertą;

1.3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w ramach części 1, 4 i 5 postępowania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę "PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" spółkę jawną z siedzibą w Łodzi części 1/2 oraz zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 4727 z siedzibą w Krakowie w części 1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego Jednostki Wojskowej nr 4727 z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy "PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" spółki jawnej z siedzibą w Łodzi, kwotę w wysokości 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2692/24

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 4727 z siedzibą w Krakowie zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, pn.: *Dostawa tuszy i tonerów do urządzeń drukujących* o numerze referencyjnym: ZP/15/2024, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 czerwca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00383692/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 29 lipca 2024 r. wykonawca "PRAXIS ŁÓDŹ PILECKA I PETLAK" Sp. j. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących, czynności (działań i zaniechań)

zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1) zaniechania odrzucenia oferty KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwanego dalej jako: „KOMAX”) w części 1 4 i 5 postępowania ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia;

– co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp;

2) zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX wraz z ofertą, mimo że dokumenty te nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 3 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 – zwanej dalej jako: „uznk”), a KOMAX nie sprostала obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek określonych

w art. 11 ust. 2 uznk dających podstawę do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu przedstawienie zarzutów w zakresie niezgodności treści oferty złożonej przez KOMAX z warunkami zamówienia w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych;

– co w efekcie stanowiło naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp;

3) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez KOMAX w części 1, 4 i 5 postępowania, mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu;

– co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej w części 1, 4 i 5 postępowania oferty KOMAX z dnia 24 lipca 2024 r.;

- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

- odtajnienie przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez KOMAX

w postępowaniu;

- odrzucenie oferty KOMAX w części 1, 4 i 5 postępowania ze względu na niezgodność

z warunkami zamówienia;

- wyboru jako najkorzystniejszej w części 1, 4 i 5 postępowania oferty odwołującego.

Odwołujący wykazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania polegał na tym, że na skutek wadliwych czynności zamawiającego, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty KOMAX w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, utracił możliwości uzyskania zamówienia, mimo, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i najkorzystniejsza

w postępowaniu. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że w następstwie ww. czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Ponadto stwierdził, że nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w jego majątku.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty KOMAX, zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie. Wykonawca ten w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania.

W dniu 8 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2024 r. w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego w tym złożone wraz ofertą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedmiotowe środki dowodowe zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
 - pisma z dnia 4, 18 i 24 lipca 2024 r. skierowane przez odwołującego do zamawiającego;
 - zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 24 lipca 2024 r.;
- 2) dokumenty załączone do odwołania:
 - certyfikat AC141;
 - zakres certyfikacji AC141;
 - przykładowe raporty odtajniane w tożsamych postępowaniach przetargowych;
 - pisma dotyczące odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
 - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez przystępującego w innym postępowaniu, prowadzonym przez Urząd Marszałkowski w Warszawie;
 - decyzję o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez przystępującego przez Sąd Rejonowy w Siedlcach;
 - raporty z testów, które nakazał udostępnić Sąd Rejonowy w Siedlcach;
 - decyzję o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez przystępującego przez Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze;
- 3) dokumenty załączone do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia:
 - przykładowe uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa składane przez odwołującego w innych postępowaniach;
 - korespondencję prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej pomiędzy przystępującym, a TUV Rheiland w dniach 15-17 grudnia 2015 r.;
- 4) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:
 - zawiadomienie z 22 marca 2019 r. o odrzuceniu oferty w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy;
 - specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez PUP w Radomiu;
 - informację z dnia 14 lipca 2020 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu;
 - wydruk ze strony internetowej www.oznaczenie-ce.pl z dnia 9 sierpnia 2024 r. zawierający listę podmiotów notyfikowanych;
 - wydruk ze strony internetowej <https://obac.com.pl/uslugi/ocena-zgodnosci-CE> z dnia 9 sierpnia 2024 r. zawierający informacje wskazującą, że ośrodek OBAC posiada status jednostki notyfikowanej;
- 5) złożone na posiedzeniu przez przystępującego oświadczenie TUV Rheinland z dnia 15 listopada 2018 r.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu była dostawa wraz z transportem, rozładowaniem i wniesieniem do magazynów zamawiającego tuszy i tonerów do urządzeń drukujących z podziałem na 10 części, określonych w załączniku nr 4 A – J do SWZ. Zamawiający dopuścił składanie ofert na produkty równoważne.

Zgodnie z treścią rozdziału III ust. 8 i 9 SWZ:

8. *W przypadku składania oferty z produktami równoważnymi (nie oryginalnymi), Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć na każdą pozycję oferowanych przez siebie produktów (zamienników), wraz ze składaną ofertą, certyfikat zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, wydany przez niezależną od producenta produktu i Wykonawcy jednostkę posiadającą status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/kontrolującej” na mocy ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. 2022 poz. 1854 z późn. zm.).*

9. *Wykonawca może składać również zaświadczenia dotyczące wymagań wskazanych w pkt. III ppkt. 8 SWZ, wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Udowodnienie równoważności oferowanych produktów towarów leży po stronie Wykonawcy.*

Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych została przedstawiona w rozdziale VI SWZ. Zgodnie z ust. 3 ww. rozdziału:

3. **Dotyczy zaoferowanych materiałów równoważnych:** dodatkowe dokumenty potwierdzające, że oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego, określone

w niniejszej SWZ – dla każdej pozycji oferowanych przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych:

3.1. Protokół z badań potwierdzający minimalną wydajność oferowanego asortymentu (dla części nr 1 do 9) poprzez przedstawienie zgodności z normami odpowiednio dla oferowanego produktu:

a) ISO/IEC 19752 – dla kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych;

b) ISO/IEC 19798 – dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych i urządzeń wielofunkcyjnych;

c) ISO/IEC 24711 – dla kaset z tuszem do kolorowych drukarek atramentowych.

Protokół z badania musi jednoznacznie wskazywać i potwierdzać **wydajność materiału na urządzeniu wymienionym w zał. nr 4 A – J do SWZ** – „Szczegółowa oferta cenowa”. Zamawiający nie będzie uznawał dokumentów określających wydajność na urządzeniach innych niż posiadane przez Zamawiającego i wymienione w zał. nr 4 A – J do SWZ – „Szczegółowa oferta cenowa”

3.2. certyfikat zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, zgodny z wymaganiami określonymi w pkt. III ppkt. 8 i 9 niniejszej SWZ.

3.3. kartę charakterystyki bezpieczeństwa materiałów eksploatacyjnych, przygotowana zgodnie z wymaganiami Dyrektywy Unii Europejskiej 91/155/EEC wraz z aktualnie obowiązującymi poprawkami;

3.4. oświadczenie producenta materiału równoważnego, że proces produkcji i stosowanie wyprodukowanych przez niego materiałów eksploatacyjnych nie narusza praw patentowych producentów oryginalnych tonerów.

Przystępujący złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, które zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wraz z ofertą odwołujący złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla ww. dokumentów. Jak wynikało

z okoliczności sprawy uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa było jawne tj. przystępujący nie zastrzegł go jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w szeregu pism kierowanych do zamawiającego (pisma z 4, 18 i 24 lipca 2024 r.) zwracał się z wnioskiem o udostępnienie mu całej korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym lub przedmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na pisma odwołującego, zamawiający udostępnił mu całość wnioskowanej dokumentacji za wyjątkiem przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego wraz z ofertą, które zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia (z akt sprawy wynikało, że uzasadnienie nie zostało przekazane odwołującemu).

W dniu 24 lipca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu we wszystkich 10 częściach. Z zawiadomienia o wyniku postępowania wynikało, że oferta przystępującego została wybrana m. in. w częściach nr 1, 4 i 5 postępowania. Ponadto w tych częściach oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugich miejscach.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 18 ust. 1 i 3 Pzp – 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

(...)

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.

z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;

- art. 11 ust. 2 uznk – Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.;

- art. 239 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia skład orzekający w pierwszej kolejności stwierdził, że warunkiem odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest wykazanie jakiego konkretnie wymagania SWZ taka oferta nie spełnia. W tym miejscu należało zwrócić uwagę na sankcyjny i eliminacyjny charakter przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie. Okoliczność ta skutkuje tym, że brak jest podstaw do rozszerzającej interpretacji wymagań SWZ w tym kontekście. Zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ogranicza się wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, co jednocześnie skutkuje zakazem dokonywania po upływie terminu składania ofert nadinterpretacji wymagań SWZ w tym opisie przedmiotu zamówienia czy też zmieniania treści wymagań. Ponadto orzecznictwo wypracowało jednolitą linię orzeczniczą w zakresie niejednoznaczności treści SWZ. Zgodnie z tą linią wszelkie niejednoznaczności czy też niejasności treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy odnoszących się do zarzutu pierwszego wystąpiła niejednoznaczność treści SWZ, którą należało interpretować na korzyść wykonawcy, czyli w tym przypadku na korzyść przystępującego. Tym samym nie można było jednoznacznie stwierdzić, że oferta przystępującego była niezgodna z postanowieniami SWZ wskazanymi w odwołaniu, co finalnie prowadziło do oddalenia ww. zarzutu.

Okolicznością bezsporną było to, że w Polsce nie ma jednostki posiadającej status „notyfikowanej” w zakresie oceny zgodności materiałów eksploatacyjnych. Takie twierdzenie znalazło się w odwołaniu (pkt I.6 i I.12 uzasadnienia). Zamawiający oraz przystępujący zaprezentowali podobne stanowisko, z tym jednak zastrzeżeniem, że według nich nie istnieją jednostki posiadające status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/kontrolującej” w zakresie certyfikacji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Warto w tym miejscu przypomnieć, że wymóg określony w rozdziale III ust. 8 SWZ wskazywał *na jednostkę posiadającą status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/kontrolującej” na mocy ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. 2022 poz. 1854 z późn. zm.)*. Powyższe oznaczało, że przedmiotowy wymóg odnosił się do przepisów polskich i skoro bezsporne było, że w Polsce nie ma jednostki posiadającej status „notyfikowanej”

w zakresie oceny zgodności materiałów eksploatacyjnych to należało uznać, że zamawiający w SWZ postawił wymóg, który nie miał pokrycia ani w przepisach prawa, ani w praktyce funkcjonowania rynku dostaw obejmujących przedmiot zamówienia.

Wymóg określony w rozdziale III ust. 8 SWZ, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mógł skutkować uznaniem, że w postępowaniu nie można było zaoferować produktów równoważnych (zamienników). Powyżej wskazane twierdzenie odwołującego Izba potraktowała jako nadinterpretację postanowień SWZ. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę, że zamawiający w rozdziale III ust. 5 SWZ jednoznacznie i kategorycznie stwierdził, że dopuszcza składanie ofert na produkty równoważne, a w ust. 7 tego samego rozdziału SWZ wyraźnie wskazał, że oferowane produkty musiały być oryginalne lub równoważne. Dodatkowo w kilku innych postanowieniach SWZ znajdują się informacje dotyczące produktów równoważnych. Ponadto w rozdziale VI SWZ zamawiający określił wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących zaoferowanych materiałów równoważnych (ust. 3). Stąd w ocenie składu orzekającego nie mogło być żadnych wątpliwości, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych

i wykonawcy mogli takie materiały zaoferować w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że z jednej strony zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania zamienników, natomiast z drugiej strony określił w SWZ postanowienie, które zawierało wymóg niemożliwy do spełnienia w zakresie przedłożenia przez wykonawcę certyfikatu zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, wydanego przez niezależną od producenta produktu i wykonawcy jednostkę posiadającą status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/kontrolującej”. Izba nie miała przy tym wątpliwości, że zaistniała w ten sposób sytuację należało potraktować jako niejednoznaczność postanowień SWZ, która powinna zostać interpretowana na korzyść przystępującego. Oczywiście najlepszą sytuacją byłoby, gdyby zamawiający skorygował opisaną powyżej niejednoznaczność jeszcze przed upływem terminu składania ofert albo samodzielnie albo po interwencji jednego z wykonawców, który mógłby zwrócić na to uwagę w ramach wyjaśnień treści SWZ. Jednakże taka sytuacja nie nastąpiła i w treści SWZ pojawiła się opisaną powyżej niejednoznaczność. Taka sytuacja nie oznaczała, że zamawiający miał obowiązek wyegzekwowania wymogu niemożliwego do spełnienia, bo to byłoby działaniem

nieracjonalnym. Jak wskazano powyżej orzecznictwo wypracowało pogląd, który ma zastosowanie w takich sytuacjach. W związku z powyższym, tj. mając na uwadze powstałą niejednoznaczność SWZ słuszna okazała się argumentacja przystępującego wskazująca, że wykonawca mógł interpretować wymagania SWZ jako obowiązek przedłożenia w oparciu o wymóg dowodowy dla produktów równoważnych certyfikat zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, wydany przez niezależną od producenta produktu i wykonawcy jednostkę posiadającą najwyższy możliwy do uzyskania status w zakresie oceny materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, którym jest akredytacja. Przystępujący argumentował przy tym, że najwyższym możliwym uznaniem w zakresie oceny materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących jest właśnie akredytacja. Twierdzenie to nie zostało podważone, ani zakwestionowane przez odwołującego. Nie było również żadnych zastrzeżeń co do tego, że przystępujący posiada akredytację na zaoferowane materiały. Odwołujący wskazał, że certyfikacji i oceny zgodności tonerów i tuszy TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. dokonuje na podstawie otrzymanej przez PCA akredytacji AC141 (pkt I.11 uzasadnienia odwołania).

Na marginesie Izba ustaliła, że TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. jest jednostką notyfikowaną, lecz nie w zakresie dokonywania oceny zgodności materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Powyżej wskazana okoliczność również nie była sporna pomiędzy stronami. Jak słusznie zauważył zamawiający wymaganie określone w rozdziale III ust. 8 SWZ nie wskazywało, aby określona jednostka certyfikująca/kontrolująca miała status notyfikowanej w zakresie dokonywania oceny zgodności materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Dlatego w konsekwencji zaistnienia niejednoznaczności postanowień SWZ przy badaniu oferty przystępującego, zamawiający mógł ostatecznie uznać za wystarczające, że jednostka certyfikująca TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. posiada notyfikację Komisji Europejskiej jako jednostka wyznaczona do realizacji zadań związanych w obszarach aktów prawnych: dyrektywy 2016/797, rozporządzenia (UE) Nr 305/2014, dyrektywy 2014/29/UE, dyrektywy 2014/68/UE, dyrektywy 2014/68/UWE.

Argumentacji odwołującego w zakresie pierwszego z podniesionych zarzutów nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Dowody oznaczone przy odwołaniu jako załączniki nr 5 i 6 (tj. certyfikat AC 141 i zakres certyfikacji AC 141) wskazywały jedynie, że TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. posiada certyfikat akredytacji jednostki certyfikującej wyroby i jaki jest zakres tej certyfikacji. Dowody pochodzące z innych postępowań, prowadzonych przez Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy oraz PUP w Radomiu, nie mogły potwierdzać zasadności stanowiska odwołującego. Fakt określonego zachowania się innych zamawiających w innych postępowaniach nie stanowi potwierdzenia słuszności takiej praktyki w innych postępowaniach szczególnie, że odwołujący nie wykazał, aby prawidłowość czynności podejmowanych w tych postępowaniach, na które się powoływał została potwierdzona przez Izbę lub sądy. Ostatnia grupa dowodów tj. wydruki ze stron internetowych, dotyczyła jednostek notyfikowanych, które zajmują się badaniem w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej. Tymczasem zamawiający nie wymagał certyfikatu w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej, stąd też przedmiotowa grupa dowodów dotyczyła kwestii niezwiązanych z *meritum* przedmiotowej sprawy.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, oznaczony w *petitum* odwołania pkt I.1.

Zasadny okazał się drugi spośród wskazanych w odwołaniu zarzutów. Odnośnie przedmiotowego zarzutu należało wskazać, że przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa przedmiotowe środki dowodowe złożone wraz z ofertą. Ponadto przystępujący wraz z ofertą złożył uzasadnienie dla dokonanego zastrzeżenia, które było jawne. Odwołujący kilkakrotnie wnosił o udostępnienie mu korespondencji z przystępującym lub przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający udostępnił odwołującemu wszystkie żądane przez niego dokumenty złożone przez przystępującego za wyjątkiem przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą, które zostały zastrzeżone oraz uzasadnienia tego zastrzeżenia, które nie zostało zastrzeżone. Odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu kwestionował zasadność uznania przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia. Warto przy tym dodać, że odwołujący domagał się odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego, mimo tego, że nie zostało mu udostępnione uzasadnienie takiego zastrzeżenia, które jak wskazano powyżej było jawne. W praktyce tego typu lub podobnych przypadków wykonawcy wnoszący odwołanie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności skupiają się na możliwości uzyskania uzasadnienia zastrzeżenia, aby po jego otrzymaniu kwestionować zaniechanie odtajnienia. Takie działanie jest naturalne i zrozumiałe, ponieważ wykonawcy

w celu podważenia skuteczności dokonanego zastrzeżenia chcą poznać powody jego dokonania w kontekście przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, które są wskazywane właśnie w uzasadnieniu zastrzeżenia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący zdecydował się pominąć etap uzyskania uzasadnienia zastrzeżenia i bezpośrednio kwestionował skuteczność dokonanego zastrzeżenia nie znając treści uzasadnienia zastrzeżenia złożonego w postępowaniu przez przystępującego. Taktyka procesowa odwołującego w ramach tego zarzutu okazała się jednak skuteczna, tj. odwołującemu udało się wykazać, że zamawiający naruszył przepisy Pzp przez nieodtajnienie

przedmiotowych środków dowodowych zastrzeżonych przez przystępującego. Kluczowe znaczenie dla potwierdzenia przedmiotowego zarzutu miał dowód złożony wraz z odwołaniem, który został oznaczony jako załącznik nr 9. Dowód ten obejmował uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez przystępującego w innym postępowaniu, prowadzonym przez Urząd Marszałkowski w Warszawie. Uzasadnienie zawarte w tym dowodzie było w zasadzie identyczne z uzasadnieniem zastrzeżenia złożonym w przedmiotowym postępowaniu. Oba uzasadnienia różniły się drobnym szczegółem tj. w zasadzie treścią końcowego akapitu, który w uzasadnieniu złożonym w tym postępowaniu został rozszerzony o przytoczenie dodatkowego cytatu z uzasadnienia wyroku z dnia 19 marca 2024 r. o sygn. akt KIO 733/24. Pozostała treść obu uzasadnień była identyczna. Co również istotne uzasadnienie zastrzeżenia zawarte w załączniku nr 9 do odwołania związane z postępowaniem prowadzonym przez Urząd Marszałkowski w Warszawie było przedmiotem orzeczenia Izby. W wyroku z dnia 17 czerwca 2024 r. o sygn. akt KIO 1843/24 Izba uwzględniła zarzut

w zakresie zaniechania odtajnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego i nakazała zamawiającemu m. in. odtajnić przedmiotowe środki dowodowe złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą.

Powyżej przedstawione okoliczności wskazywały, że przystępujący posługuje się

w postępowaniach identycznym uzasadnieniem zastrzeżenia, które dodatkowo w jednym

z wyroków Izby (KIO 1843/24) zostało uznane za niewystarczające. Ponadto z okoliczności sprawy można było wywnioskować, że uzasadnienie zastrzeżenia sporządzane przez przystępującego jest na tyle powszechnie i niezmiennie co do *meritum* stosowane, że odwołujący nie musiał nawet żądać udostępnienia takiego uzasadnienia złożonego przez przystępującego w tym postępowaniu. Wystarczyło, że odwołujący wiedział jakie uzasadnienie przystępujący stosował w innym postępowaniu i dzięki temu udało mu się skutecznie przedstawić argumentację dla podniesionego zarzutu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Taka konstatacja nie mogła być korzystna dla przystępującego, ponieważ poddawała w wątpliwość spełnienie przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji zawierających tajemnice przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Dodatkowo na niekorzyść przystępującego przemawiały okoliczności związane z wyrokiem z dnia 17 czerwca 2024 r. o sygn. akt KIO 1843/24.

W zasadzie jedyną argumentacją podnoszoną przez zamawiającego i przystępującego

w ramach przedmiotowego zarzutu było odniesienie się do wyroku z dnia 19 marca 2024 r.

o sygn. akt KIO 733/24, w którym Izba potwierdziła zasadność nieujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Nie można jednak było tracić pola widzenia wyroku z dnia 17 czerwca 2024 r. o sygn. akt KIO 1843/24, który przecież został wydany później niż wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 733/24. Ponadto Izba w przedmiotowej sprawie w całej rozciągłości przyjęła stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1843/24, którego obszernie fragmenty zostały zacytowane poniżej.

W ocenie Izby KOMAX nie sprostął obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle uznk. Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez KOMAX w ramach Postępowania stanowisko Odwołującego odmawiające uznania ich za wystarczające. Izba uznała, że w oświadczeniu o zastrzeżeniu nie wykazano przesłanek uznk a charakter części informacji nie pozwala w ogóle na ich zastrzeżenie. W ocenie Izby, KOMAX nie wykazał i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na stwierdzenie, że informacje objęte zastrzeżeniem są takiego charakteru, że powodowały lub mogły spowodować zakłócenia konkurencji, dawały przewagę wykonawcom, w tym także by pozwalały na określenie i przewidzenie sposobu ustalania cen lub innych wskaźników w przyszłych postępowaniach lub dały przewagę w niniejszym. W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oświadczeniu jest ogólnikowa

i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą KOMAX) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i zastrzeganych informacji i bez wykazania choćby tego, na czym miałyby polegać strata grożąca KOMAX w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. Ogólnikowość zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na ustalenie w jaki sposób ujawnienie tych danych dałoby przewagę konkurencji lub naruszyło konkurencyjność w Postępowaniu lub na rynku innym wykonawcom. Izba uznała również, że brak jest szczegółowego opisu przyjętych procedur zabezpieczających przed ujawnieniem informacji poufnych u KOMAX i zabrakło tutaj elementu wykazania zastosowania i wdrożenia tychże w odniesieniu do konkretnych zastrzeganych informacji objętych zastrzeżeniem. Sam fakt, zaś, że podmiot, od którego zastrzeżone dokumenty pochodzą zastrzegł ich poufność nie jest równoznaczny z ich zastrzeżeniem

i wdrożeniem procedur u KOMAX. Oświadczenie o zastrzeżeniu nie wskazuje i nie wykazuje również, że obowiązkiem zachowania tajemnicy obciążono wszystkie osoby zaangażowane

w przygotowanie oferty ani tym bardziej, że obowiązywało także wszystkie osoby mające dostęp do wszystkich informacji, które zastrzeżone zostały przez KOMAX. Okoliczność poniesienia kosztów celem pozyskania zastrzeganych danych także nie jest równoznaczna

z wypełnieniem przesłanek uznania ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, Pzp oraz dyrektywy klasycznej Izba stwierdziła, że KOMAX nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ani, że ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji może zamknąć innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę składanej przez KOMAX oferty, co stanowi naruszenie art. 16 Pzp i przesądza o niezgodności decyzji Zamawiającego w tym zakresie

z Pzp.

Dodatkowo Izba pominęła dowody złożone przez przystępującego w zakresie tego zarzutu. Dowody te zostały załączone do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia i obejmowały kilka przykładowych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa składanych przez odwołującego w innych postępowaniach. Przedmiotowe dowody w żaden sposób nie mogły potwierdzić zasadności zastrzeganych przez przystępującego dokumentów w tym postępowaniu. Potwierdzały one co najwyżej, że odwołujący też zastrzega dokumenty lub informacje jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w innych postępowaniach.

Reasumując Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu miał charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów, a przede wszystkim do zarzutu pierwszego. Przedmiotowy zarzut dotyczył czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez przystępującego w części 1, 4 i 5 postępowania, mimo, że oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejszą w postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty przystępującego w częściach 1, 4 i 5 postępowania, podniesiony jako pierwszy w odwołaniu, został oddalony. Tym samym przedmiotowy zarzut podzielił los zarzutu, z którym był ściśle związany. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w części odnoszącej się do zarzutu podniesionego w pkt I.2 *petitum* odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej

w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób naruszający przepisy Pzp uznał skuteczność zastrzeżenia przez przystępującego przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym kontekście Izba uznała, że niezasadne uznanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez przystępującego przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu, natomiast w pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone. Przy czym odwołanie *de facto* dotyczyło dwóch kwestii, zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zaniechania odtajnienia przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz

z ofertą przez przystępującego. Jedna z powyżej wskazanych kwestii znalazła potwierdzenie, a druga nie. W konsekwencji Izba podzieliła koszty w części 1/2 na rzecz odwołującego i w części 1/2 na rzecz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (7 500 zł) oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 11 100,00 zł. Zamawiający nie wykazał poniesienia kosztów, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 5 550,00 zł (11 100,00 zł x 1/2). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 11 100,00 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 5 550,00 zł (11 100,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550,00 zł (11 100,00 zł – 5 550,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b)

w zw. z § 7 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U.
z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....