

WYROK

Warszawa, dnia 31 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2024 r. przez wykonawców: J.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Konsulting J.W. oraz B.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.S. NETPRINT S.C., wspólników spółki cywilnej Netprint S.C. J.W., B.S. w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2427/24

Uzasadnienie

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia

11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie

o udzielenie zamówienia pn.: „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00343620.

W dniu 10 lipca 2024 r. wykonawcy J.W. i B.S. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą NETPRINT S.C. J.W., B.S. w Oświęcimiu NETPRINT S.C. J.W., dalej: „Odwołujący” wnieśli odwołanie wobec od czynności Zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie podjętej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR” a polegającej na niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty odwołujących się wspólników spółki NETPRINT s.c. i wyborze jako najkorzystniejszej oferty innych wykonawców (dla cz. I).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, to jest:

I / art. 522 ust. 1 zd. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 pzp w zw. z art. 99 ust. 1-2 oraz 4-6 pzp

w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez: niewykonanie przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wystosowanym do KIO przez odwołujących, sygn. KIO 2337/24, mimo jego uwzględnienia w całości i przyjęcie, że treść oferty odwołujących jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucenie tej oferty, a to wobec dostarczenia przez odwołujących do testów próbek w postaci 2 sztuk tonerów dla urządzeń LEXMARK MX 722

i LEXMARK MX 711 oraz HP LJ Ent M725, które rzekomo miały nie spełniać warunków określonych przez zamawiającego (nie posiadały naklejek w postaci hologramu na opakowaniu i indywidualnego dla każdej sztuki numeru), a tymczasem kwestia oceny sposobu opakowania próbek czy sposobu ich oznaczenia nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej treści oferty odwołujących, zwłaszcza w kontekście definicji produktu równoważnego przyjętej przez zamawiającego, a ponadto żądanie próbki w określony sposób opakowanej i oznaczonej w istocie prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez ograniczenie możliwości oferowania tylko produktu konkretnego producenta, będącego producentem sprzętu (oryginału),

co w oczywisty sposób zaburza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalne i wskazuje na nieprzejrzyste działania zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołujących, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołujących – dla części

I postępowania;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania, to jest: uiszczonych opłat od odwołania oraz kosztów obsługi prawnej w związku z wywiezionym odwołaniem, przy czym koszty te zostaną wykazane najpóźniej na rozprawie.

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że stan faktyczny i prawny dotyczy zarówno czynności, która jest przedmiotem niniejszego odwołania, jak i poprzedniego odwołania do KIO, zarejestrowanego pod sygn. KIO 2337/24, od analogicznej czynności zamawiającego (odrzucenia oferty NETPRINT i wyboru innej oferty z dnia 28.06.2024), albowiem w dniu 28.06.2024 zamawiający odrzucił ofertę NETPRINT dokładnie na tej samej podstawie

i dokładnie z tym samym uzasadnieniem oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Następnie, po wpłynięciu odwołania do KIO od tamtej czynności, zamawiający uchylił swoje czynności w całości, złożył odpowiedź na odwołanie, iż uwzględni odwołanie w całości,

a równocześnie dokonał dokładnie takiej samej czynności (odrzucił na tej samej podstawie ofertę NETPRINT i wybrał innego wykonawcę).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu pod nazwą „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR”; nr sprawy: BOR07.2619.2.2024.RK, Zamawiający dopuścił oferowanie produktów równoważnych. Określił też wymogi w zakresie oceny równoważności, w tym przedmiotowe środki dowodowe mające potwierdzić parametry jakościowe i wydajnościowe oferowanych zamienników.

W załączniku nr 3 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – zamawiający zawarł umowną (legalną) definicję materiału równoważnego (pkt 7 załącznika):

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.

Według tej definicji materiał równoważny to produkt:

- kompatybilny ze sprzętem, do którego jest przeznaczony,
- o parametrach takich samych lub lepszych w zakresie wydajności w stosunku do produktu zalecanego przez producenta sprzętu,
- będący gotowym wyrobem, ze zdefiniowanymi parametrami jakościowymi dla danego typu asortymentu.

Dalej w OPZ Zamawiający stwierdził:

Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych zgodnie z art. 101 ust. 4 Ustawy. Udowodnienie, że tonery, tusze, bębny światłoczułe oferowane przez Wykonawcę, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, spełniają jego wymagania, spoczywa na Wykonawcy.

Kolejno w OPZ wskazał, co następuje:

Za równoważne należy uznawać tonery, tusze, bębny światłoczułe:

- a) fabrycznie nowe,
- b) dające się zidentyfikować po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym, umieszczonym na kasie i opakowaniu tonera – dotyczy tonerów do urządzeń Lexmark,
- c) dostarczane w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram i unikatowy numer naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode,
- d) o parametrach technicznych, funkcjonalnych i standardach jakościowych (m. in. pojemność tonera/tuszu, wydajność przy jednakowym pokryciu, jakość wydruku) co najmniej takich samych, jak materiałów oryginalnych,
- e) zapewniające jakość wydruku (w szczególności w aspekcie stopnia pokrycia i odwzorowania koloru) co najmniej taką samą, jak materiały oryginalne,
- f) o wydajności, zgodnie z:
 - normą ISO/IEC 19752 dla tonerów do drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych lub normą

równoważną,

- normą ISO/IEC 24711 dla atramentowych wkładów drukujących lub normą równoważną, co najmniej takiej samej jak materiały oryginalne,

g) w żadnym stopniu nie naruszające praw patentowych ani innej własności intelektualnej.

2) W przypadku zaofiarowania produktów równoważnych wykonawca w Formularzu ofertowym obowiązkowo musi przedstawić dokładny ich opis oraz wskazać do jakiego urządzenia są one przeznaczone. Produkt równoważny winien być określony poprzez podanie nazwy, symbolu, producenta oraz wydajności. W przypadku tonera po jego zainstalowaniu w sprzęcie na monitorze komputera podłączonego do koparki/drukarki oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą się pojawiać żadne negatywne komunikaty (np. produkt nie sygnalizuje we właściwy sposób stanu zużycia tonera lub pokazuje komunikaty o nieoryginalności zastosowanego materiału). W przypadku gdy toner oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tonera, produkt równoważny winien posiadać analogiczny element. Tonery równoważne do urządzeń muszą analogicznie jak w przypadku tonerów oryginalnych do tych urządzeń, posiadać możliwość identyfikacji ich po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym, umieszczonym na kasie i opakowaniu tonera, wskazywać przybliżony procentowy poziom tonera oraz pojemność. Wymóg równoważności dotyczy również okresu gwarancji.

a) Zamawiający żąda, aby Wykonawca dołączył do oferty, w odniesieniu do oferowanych równoważnych tonerów karty charakterystyki produktu dotyczące bezpieczeństwa podczas kontaktu z niebezpiecznymi substancjami chemicznymi zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/830 z dnia 28 maja 2015 r. zmieniającym Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH). Informacje zawarte w „Kartach Charakterystyki Produktu” pozwolą Zamawiającemu na: poznanie składu chemicznego każdego z oferowanych tonerów, zidentyfikowanie zagrożeń w tym toksykologicznych związanych z kontaktem pracowników Zamawiającego z tonerami, przedsięwzięcie odpowiednich kroków w przypadkach konieczności udzielenia pierwszej pomocy, wystąpienia pożaru, niezamierzonego uwolnienia tonera do środowiska, prawidłowe magazynowanie tonerów.

Karty charakterystyki produktu sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

b) raporty z testów wydajności przeprowadzonych, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów do drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych lub normą równoważną, które powinny zawierać co najmniej poniższe informacje:

- datę przeprowadzenia testu,
- model urządzenia drukującego na którym przeprowadzono testy,
- rodzaj testowanych materiałów (toner) ze wskazaniem ich oznaczenia,
- liczba testowanych materiałów,
- średnia wydajność testowanych materiałów (liczona w stronach na toner),
- informacja o stronie testowej,
- format i gramatura papieru używanego do testu,
- dane kontaktowe do firmy, która przeprowadziła badania.

Raporty sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

c) po 2 (dwie) sztuki każdego oferowanego tonera do urządzeń Lexmark MX 722 i Lexmark MX 711 oraz HP LJ Ent M 725 dn o – w charakterze próbek.

Zamawiający żąda dwóch próbek każdego z w/w tonerów w celu sprawdzenia czy zaofiarowane tonery dają możliwość ich identyfikacji po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym oraz sprawdzenia ich wydajności i prawidłowości ich działania.

d) Certyfikatu potwierdzającego zgodność produktu równoważnego z normami ISO/IEC 19752 (lub równoważne) dla tonerów monochromatycznych drukarek laserowych, ISO/IEC 19798 (lub równoważne) dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711 lub ISO/IEC 24712 (lub równoważne) dla wkładów atramentowych, wystawionego przez niezależny od producenta, wykonawcy i importera materiałów równoważnych podmiot uprawniony do oceny zgodności i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do certyfikacji wyrobów zgodnie ISO 17065 (ISO/IEC 17065) - która to akredytacja winna zostać udzielona przez Polskie Centrum Akredytacji albo inną jednostkę oceniającą zgodność, 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).

W ocenie Odwołującego lista cech, które sprawiają, że zamiennik należy uznawać za produkt równoważny, to tak naprawdę wykreowanie przez Zamawiającego przesłanek domniemania umownego. Produkt, który owymi cechami się wykazuje, będzie uznawany na zasadzie domniemania za produkt równoważny. Nie jest to jednak jednoznaczne określenie cech, które w sposób bezwzględny są dla każdego produktu równoważnego wymagane. Za taką interpretacją przemawia przede wszystkim fakt stworzenia przez zamawiającego we wstępnej części OPZ definicji umownej produktu równoważnego, w której nie wymaga się takich cech jak indywidualny dla każdego egzemplarza numer czy naklejka w formie hologramu. Dalej, przemawia za tym także odwołanie się do ogólnej zasady wyrażonej w ustawie, że cechy równoważności ma udowodnić wykonawca. Jakie cechy równoważności trzeba udowodnić – racjonalna wykładnia OPZ przekonuje, że tylko te, które zawarte są w definicji umownej produktu równoważnego (kompatybilność, wydajność nie gorszą niż oryginał, o definiowanych parametrach jakościowych) czy w ogólności takie, które będą prowadzić do merytorycznej oceny cech oferowanych produktów.

Trudno jest zresztą zakładać, że cechą, która dla zamawiającego miała wyznaczać zgodność produktu z jego oczekiwaniami jest sama naklejka na pudełku czy to, w jaki sposób producent numeruje swoje produkty.

Odwołujący wskazał, że zaoferował produkty równoważne spełniające wszystkie cechy zadane przytoczoną wyżej definicją umowną. Udowodnił te cechy załączając do oferty raporty z badań wydajności i certyfikat potwierdzający zgodność produktu z normami wydajnościowymi oraz podleganie jego produkcji stałej kontroli jednostki certyfikującej (wszystkie dokumenty wydane przez uprawnione i akredytowane przez PCA podmioty, zgodnie z wymaganiami SWZ, w tym zapisów o przedmiotowych środkach dowodowych).

Przedłożył też karty charakterystyki produktów oraz certyfikaty potwierdzające produkcję zgodną ze standardami norm ISO 9001 i 140001.

Każdy zaoferowany produkt równoważny (model tonera czy kartdridża) ma swój kod producenta oraz jest opatrzony kodem kreskowym.

Odwołujący wskazał, że nie miał jednak wpływu na to, czy producent dodatkowo indywidualizuje każdy egzemplarz danego modelu osobnym kodem jednostkowym ani na to, czy pudełko, w którym jest sprzedawany, jest oklejone naklejką z hologramem. Jednak te cechy nie mają zupełnie żadnego znaczenia ani dla jakości produktu, ani jego kompatybilności, ani wydajności, ani współpracy z urządzeniem drukującym. Mówiąc obrazowo: nawet najbardziej zaawansowane technicznie oprogramowanie drukarki nie sprawdza i nie notyfikuje błędów związanych z tym, w jakim pudełku znajdował się wkład drukujący ani tego, z jakim numerem znajduje się na nim naklejka.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że cecha przekazanych do testów tonerów w postaci: naklejki na pudełku w formie hologramu lub naklejki z indywidualnym numerem dla danej sztuki nie jest żadną cechą charakteryzującą przedmiot zamówienia, którą można by oceniać

w kategoriach art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, czyli niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący, przygotowując ofertę i materiały próbne przekazane zamawiającemu był przekonany, że będą one badane pod kątem jakości, wydajności, czy współpracy

z dedykowanymi urządzeniami, a nie pod kątem wyłącznie tego, czy posiadają określone naklejki i numery. Co więcej, Odwołujący przekazał Zamawiającemu do testów materiały fabrycznie, hermetycznie zapakowane (toner umieszczony jest w zgrzanej szczelnie czarnej folii, a razem z folią pakowany do pudełek producenta. Nie ingerowali więc w ten produkt.

Odwołujący zauważył, że nawet producenci oryginalnych tonerów nie zawsze zamieszczają na swoich produktach hologramy (albo w ogóle jakieś naklejki czy plomby) czy „numerują” odrębnie pojedyncze sztuki. Takie oznaczenie produktu jest w istocie zabiegiem czysto estetycznym, a nie pragmatycznym. Dany produkt powinien mieć indywidualne oznaczenie pozwalające na odróżnienie materiału przeznaczonego do jednego typu urządzeń od materiału przeznaczonego do innego typu (sam wygląd jest bowiem często niewystarczającą cechą dystynktywną, bo tonery mogą różnić się bardzo drobnymi detalami). Sensowne oznaczenie produktu to takie, które pozwala po danym numerze rozpoznać, do jakiego urządzenia ma ów produkt trafić. Bez znaczenia jest numer, pod jakim dany egzemplarz „zjechał” z taśmy produkcyjnej i trafił do sztabowego pudełka.

Pojawia się więc pytanie, czemu miałby służyć taki wymóg Zamawiającego, jeśli nie badaniu kompatybilności, jakości czy wydajności? Otóż okazuje się, że w ofertach, które nie zostały odrzucone, dla wymienionych w SWZ 3 tonerów pozostali wykonawcy zaoferowali oryginały. Zatem w istocie zamawiający pokazał w ten sposób, że tak nietypowy i rażący sztucznością zapis SWZ miał na celu w istocie wyłącznie ograniczenie konkurencji poprzez wyeliminowanie ofert równoważnych dla omawianych 3 tonerów do urządzeń LEXMARK.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 28.02.2023 r., KIO 398/23, LEX nr 3510643: „do wymogów postawionych przez

zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny

z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega”.

(P. Wśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 226).

Zamawiający nie podważył żadnego „merytorycznego” elementu oferty odwołujących,

a jedynie uznał za niezgodność z wymaganiami SWZ fakt, że dostarczone próbki na pudełkach nie miały naklejki w postaci hologramu ani oznaczenia w postaci indywidualnego numeru dla danego egzemplarza. Odwołujący postawił pytanie, jak zachowywałby się Zamawiający, gdyby przekazane do testów tonery wykonawca opisał pisakiem dystynktywnymi numerami i nakleił na nie holograficzne naklejki, powszechnie dostępne, np. w gazetkach dla dzieci albo gumach do żucia. Czy w tak banalny sposób można było obejść tak postawiony wymóg SWZ? Literalna i bezrefleksyjnie odczytywana treść SWZ i OPZ w połączeniu z treścią zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołujących, nakazywałaby przyjąć, że raczej tak. Zatem czy rzeczywiście może to stanowić podstawę odrzucenia oferty na dostawę wartą kilkaset tysięcy złotych?

Odwołujący wskazał, że z powyższego wynika, że zapis SWZ i OPZ, jaki miał stanowić podstawę odrzucenia oferty odwołujących:

- jest z mocy prawa nieważny (bo mający na celu obejście ustawy),
- nie mający znaczenia dla weryfikacji spełnienia przez oferowane produkty kryteriów równoważności, bo nie odnosi się do cech branych pod uwagę przy ocenie równoważności,
- miał w założeniu w istocie ograniczenie konkurencji poprzez wymuszenie oferowania produktów jednego, konkretnego producenta zamienników,
- był wymogiem nieproporcjonalnym i wprowadzającym zupełnie nieprzejrzyste kryteria selekcji ofert.

W odniesieniu do uwzględnienia przez Zamawiającego poprzedniego odwołania, Odwołujący wskazał że, Zamawiający już w dniu 28.06.2024 odrzucił ofertę NETPRINT i wybrał innego wykonawcę, przedstawiając dokładnie takie samo uzasadnienie dla odrzucenia oferty Odwołującego, jak w wypadku czynności z 5.07.2024 roku.

Jednakże w odpowiedzi na odwołanie od tej pierwszej - dokładnie takiej samej - czynności

z dnia 28.06.2024, złożonej do sprawy KIO 2337/24, Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Odwołujący przedstawił wątpliwość, jak zatem odnieść uwzględnienie odwołania w całości do tego, że przy kolejnej czynności zamawiający podejmuje dokładnie taką samą czynność przy dokładnie takim samym stanie postępowania (w dokumentacji postępowania nie zmieniło się nic).

Co więcej, oświadczenie o uwzględnieniu odwołania pochodzi z 8 lipca 2024 r., a wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty NETPRINT z 5.07.2024. Zamawiający oświadczył zatem, że w całości uwzględni zarzuty odwołania dotyczące pierwszego odwołania, od pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej po tym, gdy ponownie dokonał wyboru i odrzucenia oferty NETPRINT na takiej samej podstawie.

Odwołujący wskazał, że wygląda to na działanie nieracjonalne. Ponadto oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości jest oświadczeniem woli, czyli oświadczeniem nakierowanym na wywołanie skutków prawnych. Jednym z nich jest przyznanie racji zarzutom zawartym w odwołaniu, więc ponowiona czynność zamawiającego jest sprzeczna z innym jego oświadczeniem woli. Co więcej, takiego oświadczenia nie można cofnąć, zatem ma ono znaczenie i wywołuje skutki prawne także w wypadku niniejszego postępowania, skoro w realiach całego postępowania nie zaistniały żadne zmiany mogące wpływać na jego dezaktualizację.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma (znajdujących się w aktach sprawy) na okoliczności tam przytoczone.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający wskazał, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru ofert i odrzucenia oferty Odwołujących dla obu części postępowania (pismo Zamawiającego z dnia 04.07.2024 r.), gdyż jak wskazał w uzasadnieniu unieważnienia Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Zamawiający popełnił błąd wybierając najkorzystniejszą ofertę z naruszeniem ustawy, stąd zachodziła konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez jednego z wykonawców innych niż Odwołujący była niekompletna, nie zawierała właściwie złożonych przedmiotowych środków dowodowych, a brak ten był nieuzupełniany, a zatem oferta tegoż Wykonawcy powinna zostać

odrzucona. Błąd popełniony przez Zamawiającego był usuwalny, a naprawienie wadliwie podjętej czynności było konieczne.

Dowód: Zawiadomienie o unieważnienie czynności przez Zamawiającego z dnia 04.07.2024

Zamawiający był zobowiązany do jej naprawienia dla zawarcia ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 16 ustawy Pzp zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 20.08.2020 r. (KIO 1542/20), w którym Izba wskazała, że biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji gdy ujawnią się przesłanki, które budzą jakiegokolwiek wątpliwości, autoweryfikacja czynności u zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna ale i uzasadniona. Podobnie orzeczono w wyroku KIO z dnia 03.06.2015 r., (KIO 1056/15) wskazując, że do momentu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzić czynności, dokonywać ich unieważnienia, powtarzać je.

Zamawiający podkreślił, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wskazał, że podjął

decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności, ponieważ uprzednio podjęte czynności obciążone były wadą (pismo z dnia 04.07.2024 r.). Poinformował także Odwołującego, że Zamawiający dokona ponownej czynności oceny wszystkich ofert w tym również oferty Odwołującego (korespondencja z platformy zakupowej z dnia 05.07.2024 r).

Dowód: Korespondencja z platformy zakupowej z dnia 05.07.2024 r.

Następnie pismem z dnia 05.07.2024 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty informując jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Dowód: Zawiadomienie z dnia 05.07.2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty

Z uwagi na powyższe sprawa odwołania wniesionego przez Netprint spółka cywilna w dniu 03.07.2024 r. podlegała umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się zbędne lub niedopuszczalne (Postanowienie z dnia 12.07.2024 r., KIO 2337/24).

Zamawiający wskazał, że co prawda w piśmie z dnia 08.07.2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uwzględnieniu odwołania w całości i uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego oraz że dokona ponownej oceny ofert w postępowaniu, jednak pismo to stanowiło de facto potwierdzenie dokonanej czynności unieważnienia wyboru i powtórzenia czynności ponownej oceny ofert, która zbiegła się w czasie z wniesieniem odwołania przez Netprint s.c.

Odwołujący się w odwołaniu z dnia 3 lipca 2024 r. wprost wnosił o uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołujących a następnie dokonanie ponownej oceny ofert. Zamawiający na skutek unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzył czynności badania i oceny ofert czym de facto spełnił żądanie zawarte w odwołaniu.

Zamawiający podkreślił, że nawet w przypadku oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości Zamawiający nie ma obowiązku uwzględnienia wszystkich żądań Odwołującego bowiem czynności te muszą być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający podkreślił, co wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględnienie odwołania nie jest tożsame ze spełnieniem wszelkich żądań Odwołującego a jedynie odnosi się do spełnienia żądania głównego (kierunkowego), którego uwzględnienie będzie wiązało się z przeprowadzeniem na nowo oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym zakresie Zamawiający wskazał przykładowo wyrok KIO z 9.01.2013 r. sygn. KIO 2804/12, LEX nr 1260982 i zawarte tam tezy:

1. Literalna wykładnia przepisu art. 186 ust. 2 p.z.p. łączyłaby się z naruszeniem innych przepisów p.z.p. Przepis stanowi o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, a następnie dokonaniu czynności zgodnie z żądaniem. Ustawodawca nie użył sformułowania "wszystkimi żądaniami", co jest wskazówką, iż zamawiający dokonuje kolejnych koniecznych czynności, z których co najmniej jedna, pierwsza w kolejności, jest zgodna z żądaniem odwołującego.
2. Ponowne badanie i ocena wniosków nie może polegać na automatycznym i literalnym uwzględnieniu przez zamawiającego wszystkich żądań odwołującego. Czynności te muszą być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy, w tym zasadą z art. 7 i regulacjami art. 51 ust. 2 p.z.p.

3. Przy ponownej ocenie wniosków w postępowaniu zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ustalenia rankingu wniosków, zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Może to prowadzić do sytuacji, iż w wyniku ponownej

oceny zamawiający podjął czynności, które nie będą odpowiadały żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu.

W postępowaniu pod nazwą „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR”; nr sprawy: BOR07.2619.2.2024.RK, Zamawiający dopuścił oferowanie produktów równoważnych. Określił też wymogi w zakresie oceny równoważności, w tym przedmiotowe środki dowodowe

mające potwierdzić parametry jakościowe i wydajnościowe oferowanych zamienników.

W załączniku nr 3 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – Zamawiający wskazał jakie warunki muszą spełniać tonery równoważne:

Za równoważne należy uznawać tonery, tusze, bębny światłoczułe:

a) fabrycznie nowe,

b) dające się zidentyfikować po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym, umieszczonym na kasecie i opakowaniu tonera – dotyczy tonerów do urządzeń Lexmark,

c) dostarczane w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram i unikatowy numer naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode,

d) o parametrach technicznych, funkcjonalnych i standardach jakościowych (m. in. Pojemność tonera/tuszu, wydajność przy jednakowym pokryciu, jakość wydruku) co najmniej takich samych, jak materiałów oryginalnych,

e) zapewniające jakość wydruku (w szczególności w aspekcie stopnia pokrycia i odwzorowania koloru) co najmniej taką samą, jak materiały oryginalne,

f) o wydajności, zgodnie z:

- normą ISO/IEC 19752 dla tonerów do drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych lub normą równoważną,

- normą ISO/IEC 24711 dla atramentowych wkładów drukujących lub normą równoważną, co najmniej takiej samej jak materiały oryginalne,

g) w żadnym stopniu nie naruszające praw patentowych ani innej własności intelektualnej.

2) W przypadku zaoferowania produktów równoważnych wykonawca w Formularzu ofertowym

obowiązkowo musi przedstawić dokładny ich opis oraz wskazać do jakiego urządzenia są one

przeznaczone. Produkt równoważny winien być określony poprzez podanie nazwy, symbolu, producenta oraz wydajności. W przypadku tonera po jego zainstalowaniu w sprzęcie na monitorze komputera podłączonego do

kopiarki/drukarki oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą się pojawiać żadne negatywne komunikaty (np. produkt nie sygnalizuje we właściwy sposób stanu zużycia tonera lub pokazuje komunikaty o nieoryginalności zastosowanego materiału).

W przypadku, gdy toner oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tonera, produkt równoważny winien posiadać analogiczny element. Tonery równoważne do urządzeń muszą analogicznie jak w przypadku tonerów oryginalnych do tych urządzeń, posiadać możliwość identyfikacji ich po unikatowym dla każdej

sztuki numerze seryjnym, umieszczonym na kasecie i opakowaniu tonera, wskazywać przybliżony procentowy poziom tonera oraz pojemność. Wymóg równoważności dotyczy również okresu gwarancji.

a) Zamawiający żąda, aby Wykonawca dołączył do oferty, w odniesieniu do oferowanych równoważnych tonerów karty charakterystyki produktu dotyczące bezpieczeństwa podczas kontaktu z niebezpiecznymi substancjami chemicznymi zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/830 z dnia 28 maja 2015 r. zmieniającym Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń

i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH). Informacje zawarte w „Kartach Charakterystyki Produktu” pozwolą Zamawiającemu na: poznanie składu chemicznego każdego z oferowanych tonerów, zidentyfikowanie zagrożeń w tym toksykologicznych związanych z kontaktem pracowników Zamawiającego z tonerami, przedsięwzięcie odpowiednich kroków w przypadkach konieczności udzielenia pierwszej pomocy, wystąpienia pożaru, niezamierzonego uwolnienia tonera do środowiska, prawidłowe magazynowanie tonerów. Karty charakterystyki produktu sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz

z tłumaczeniem na język polski.

b) raporty z testów wydajności przeprowadzonych, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów do drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych lub normą równoważną, które powinny zawierać co najmniej poniższe informacje:

- datę przeprowadzenia testu,
- model urządzenia drukującego na którym przeprowadzono testy,
- rodzaj testowanych materiałów (toner) ze wskazaniem ich oznaczenia,
- liczba testowanych materiałów,
- średnia wydajność testowanych materiałów (liczona w stronach na toner),
- informacja o stronie testowej,
- format i gramatura papieru używanego do testu,
- dane kontaktowe do firmy, która przeprowadziła badania.

Raporty sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

c) po 2 (dwie) sztuki każdego oferowanego tonera do urządzeń Lexmark MX 722 i Lexmark MX 711 oraz HP LJ Ent M 725 dn o – w charakterze próbek. Zamawiający żąda dwóch próbek każdego z w/w tonerów w celu sprawdzenia czy zaoferowane tonery dają możliwość ich identyfikacji po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym oraz sprawdzenia ich wydajności i prawidłowości ich działania.

d) Certyfikatu potwierdzającego zgodność produktu równoważnego z normami ISO/IEC 19752

(lub równoważne) dla tonerów monochromatycznych drukarek laserowych, ISO/IEC 19798 (lub równoważne) dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711 lub ISO/IEC 24712 (lub równoważne) dla wkładów atramentowych, wystawionego przez niezależny od producenta, wykonawcy i importera materiałów równoważnych podmiot uprawniony do oceny zgodności i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do certyfikacji wyrobów zgodnie ISO 17065 (ISO/IEC 17065) - która to akredytacja winna zostać udzielona przez Polskie Centrum Akredytacji albo inną jednostkę oceniającą zgodność, 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

ryнку odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu

i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ nie była zgodna z warunkami zamówienia stawianymi przez Zamawiającego. Zamawiający w SWZ oraz OPZ wskazał, że w przypadku zaoferowania produktów równoważnych powinny one zawierać unikatowy dla każdej sztuki numer seryjny umieszczony na kasacie i opakowaniu tonera oraz dostarczone mają być w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram i unikatowy numerem naniesiony za pomocą ciągu liter i cyfr i innych znaków.

W Rozdziale 10 ust. 7 lit. c SWZ Zamawiający żądał wraz z ofertą złożenia w odniesieniu do oferowanych równoważnych tonerów po 2 (dwie) sztuki każdego oferowanego tonera do urządzeń LEXMARK MX 722 i LEXMARK M 711 oraz HP LJ Ent M725– w charakterze próbek. Zamawiający żądał dwóch próbek każdego z w/w tonerów w celu sprawdzenia, czy zaoferowane tonery dają możliwość ich identyfikacji po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym oraz sprawdzenia ich wydajności i prawidłowości ich działania.

Odpowiedni zapis znalazł się również w punkcie 14 ust. 2 c opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca złożył próbki, które do takich samych urządzeń miały taki sam numer seryjny

a zatem nie został spełniony wyżej opisany warunek (dokumentacja zdjęciowa).

Dowód: Dokumentacja zdjęciowa dostarczonych próbek

Dodatkowo w pkt 14 ust. 1 c opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający żądał dostarczenia równoważnych tonerów w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram

i unikatowy numer naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode. Dostarczone przez Wykonawcę próbki nie były w żaden sposób zabezpieczone przed otwarciem, na opakowaniu brak było jakichkolwiek zabezpieczeń pozwalających na uznanie, że opakowanie nie było otwierane, co też wskazuje na nie spełnienie warunków stawianych przez Zamawiającego (dokumentacja zdjęciowa)

Dowód: Dokumentacja zdjęciowa dostarczonych próbek

Zamawiający wskazał, że tego typu zabezpieczenie na opakowaniu ma na celu zagwarantować Zamawiającemu, że kaseeta w opakowaniu jest fabrycznie nowa, nie otwierana oraz jest dedykowana do urządzenia wskazanego na

opakowaniu. Opakowania, w których Wykonawca dostarczył próbki nie pozwalały na potwierdzenie, że produkt jest fabrycznie nowy i nie był otwierany.

Żądanie, aby każdy z tonerów miał unikalny numer seryjny zarówno na kasecie i opakowaniu, naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode był również uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że brak unikatowego numeru na opakowaniu i kasecie tonera nie dawał Zamawiającemu gwarancji, że towar, który jest wskazany na opakowaniu rzeczywiście znajduje się wewnątrz opakowania i pochodzi od wskazanego producenta.

Ponadto unikatowy numer seryjny kasety w przypadku stwierdzenia uszkodzenia drukarki wywołanej użyciem kasety równoważnej daje gwarancję zarówno Zamawiającemu jak

i Wykonawcy jednoznacznego zidentyfikowania egzemplarza tonera, który spowodował uszkodzenie co chroni wzajemne interesy stron.

Unikatowy numer seryjny zarówno na opakowaniu jak i na kasecie oryginalnej lub równoważnej, konieczny jest również z uwagi na identyfikację konkretnej sztuki wydawanej

z magazynu Zamawiającego do jego jednostek terenowych w ramach prowadzonego systemu magazynowego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem Odwołującego, jakoby wymóg ten miał w założeniu ograniczenie konkurencji poprzez wymuszenie oferowania produktów jednego konkretnego producenta zamienników oraz że był wymogiem nieproporcjonalnym.

Warunki określone przez Zamawiającego miały bowiem na celu umożliwienie wyboru oferty, która zapewni dostawę produktów najwyższej jakości, także w odniesieniu do produktów równoważnych.

Brak spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w postaci indywidualnego dla każdego egzemplarza numeru oraz brak zabezpieczenia na opakowaniu potwierdzającego, że produkt nie był używany i jest oryginalnie zapakowany przez producenta, nie dawał gwarancji najwyższej jakości i stąd Zamawiający ofertę tę odrzucił.

Zamawiający zauważył, że w przedstawionych raportach z testów wydajnościowych odwołujący przedstawili raporty dla oferowanych tonerów (równoważnych) z unikalnymi dla każdego egzemplarza numerami seryjnymi, a zatem nie był to wymóg którego spełnienie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców czy było niemożliwe do spełnienia.

Dowód: Raport z testów wydajnościowych

Zamawiający wskazał, że w orzeczeniu KIO z 26 sierpnia 2015 r. sygn. akt 1727/15 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie Zamawiający - stosownie do swoich potrzeb. Może tego dokonać przez opisanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Taki opis obowiązuje w sposób równy i obiektywny wszystkich wykonawców, którzy są zainteresowani udziałem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach.” oraz że pełną aktualność zachowują również tezy zawarte w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 961/09), w którym uznano, że jeżeli wymogi stawiane przez Zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, to nie ma znaczenia, że ograniczony krąg dostawców, a w skrajnych przypadkach - nawet tylko jeden dostawca, może zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w specyfikacji. W orzeczeniu z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 807/09) Izba uznała natomiast, że jeżeli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie spełnić wymagania tylko jeden wykonawca. W takim bowiem wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednakże specyfikę i konieczność określenia tych potrzeb na pewnym poziomie należy wykazać.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza jednak konieczności nabycia przez zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma bowiem prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza,

że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej

konkurencji.

Mając na uwadze powyższe postawienie takich warunków było uzasadnione i nie ograniczało zasady wolnej/uczciwej konkurencji.

Nadto Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący wniósł odwołanie na warunki udziału

w postępowaniu i wówczas tych warunków nie kwestionował, dlatego obecnie wnoszone zarzuty należy uznać za spóźnione.

Należy bowiem zauważyć, że nawet „W przypadku, gdy SWZ nie jest wystarczająco precyzyjna, aby należycie wycenić ryzyko realizacji zamówienia w ofercie, wykonawcy mają środki ochrony prawnej, z których powinni korzystać na odpowiednim etapie postępowania

o udzielenie zamówienia. Po upływie terminu zaskarżenia postanowień SWZ wykonawcy nie mogą skutecznie podnosić niedoskonałości SWZ i ich skutków w formułowaniu ofert, ani z nich

wywodzić zasadności interpretacji własnej postanowień SWZ”, (wyrok KIO z 26.02.2024 r., KIO 375/24, LEX nr 3702046).

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk Stron zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dołączone do odwołania.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR”.

W dniu 28 czerwca 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego w Postępowaniu w Części I i II jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł w dniu 3 lipca 2024 r. od powyższej czynności odwołanie.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr I i II – pismo z 4 lipca 2024 r.

Natomiast w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lipca 2024 r. w piśmie z 8 lipca 2024 r. oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości, uchylił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokona ponownej oceny oferty w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego w dniu 3 lipca 2024 r. przez Odwołującego postanowieniem z dnia 12 lipca 2024 r., na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na jego zbędność jego dalszego prowadzenia.

W dniu 5 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownie odrzucił, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ofertę Odwołującego złożoną w Części I i II jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Od powyższej czynności Odwołujący w dniu 10 lipca 2024 r. wniósł odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

W odwołaniu Odwołujący w podniesionym przez siebie zarzucie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że dla rozpoznania niniejszego odwołania istotne jest przywołanie brzmienia całego przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający, zgodnie z pismem z 4 lipca 2024 r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołujących w części I i II postępowania, ponieważ uznał, iż podjęte uprzednio czynności są obciążone wadą.

Co prawda w odpowiedzi na odwołanie z 3 lipca 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości, to postępowanie odwoławcze zostało umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z 12 lipca 2024 r., na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ prowadzenie postępowania z uwagi na unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej okazało się zbędne.

Odwołujący nie zaprzeczył powyższej okoliczności.

W sytuacji, gdy Krajowa Izba Odwoławcza umorzy postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, wówczas zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzieleniu postępowania zgodnie z żądaniem odwołania.

Taka sytuacja nie miała miejsca w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższą okoliczność podniósł w odpowiedzi na odwołanie podniósł Zamawiający.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, okazał się nieuzasadniony i podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w odniesieniu do tonerów równoważnych sformułował następujące warunki:

Za równoważne należy uznawać tonery, tusze, bębny światłoczułe:

b) dające się zidentyfikować po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym, umieszczonym na kasecie i opakowaniu tonera – dotyczy tonerów do urządzeń Lexmark,

c) dostarczane w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram i unikatowy numer naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode.

Zamawiający żądał, aby Wykonawca dołączył do oferty:

c) po 2 (dwie) sztuki każdego oferowanego tonera do urządzeń Lexmark MX 722 i Lexmark MX711 oraz HP LJ Ent M 725 dn o – w charakterze próbek. Zamawiający żąda dwóch próbek każdego z w/w tonerów w celu sprawdzenia czy zaoferowane tonery dają możliwość ich identyfikacji po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym oraz sprawdzenia ich wydajności i prawidłowości ich działania.

W Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych odrzuca jako niezgodną z warunkami zamówienia ofertę złożoną w części I i II zamówienia przez NETPRINT SPÓŁKA CYWILNA JERZY WASIELA, BARTOSZ SZOSTAK.

W uzasadnieniu wskazał: W pkt 10 ust. 7 c SWZ Zamawiający żądał wraz z ofertą złożenia

w odniesieniu do oferowanych równoważnych tonerów po 2 (dwie) sztuki każdego oferowanego tonera do urządzeń LEXMARK MX 722 i LEXMARK MX 711 oraz HP LJ Ent M725 – w charakterze próbek. Zamawiający żąda dwóch próbek każdego z w/w tonerów w celu sprawdzenia czy zaoferowane tonery dają możliwość ich identyfikacji po unikatowym dla każdej sztuki numerze seryjnym oraz sprawdzenia ich wydajności i prawidłowości ich działania. Odpowiedni zapis znalazł się również w punkcie 14 ust. 2 c opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca złożył próbki, które do takich samych urządzeń miały taki sam numer seryjny

a zatem nie został spełniony wyżej opisany warunek. (dokumentacja zdjęciowa)

Dodatkowo w pkt 14 ust. 1 c opisu przedmiotu Zamawiający żądał dostarczania równoważnych tonerów w opakowaniach zabezpieczonych plombą zawierającą hologram i unikatowy numer naniesiony za pomocą ciągu liter, cyfr i innych znaków oraz barcode.

Dostarczone przez Wykonawcę próbki na pudełkach nie zawierały żadnego hologramu, (dokumentacja zdjęciowa) co też wskazuje na nie spełnienie warunków stawianych przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść sformułowanego przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia warunku oraz fakt, że Odwołujący złożył próbki, które do takich samych urządzeń miały taki sam numer seryjny, a dostarczone przez Wykonawcę próbki na pudełkach nie zawierały żadnego hologramu, którą to okoliczność Zamawiający ustalili na podstawie dokumentacji zdjęciowej, uznała, że treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący nie zakwestionował podniesionych w Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 5 lipca 2024 r. okoliczności dotyczących przedstawionych przez niego próbek, lecz kwestionował postanowienie Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczących produktu równoważnego, w szczególności, czy cechy produktu równoważnego określone przez Zamawiającego stanowią jednoznaczne określenie cech, które w sposób bezwzględny są dla każdego produktu równoważnego wymagane.

W ocenie Izby, Zamawiający sformułował wobec równoważnych tonerów, tuszy oraz bębnow światłoczułych jasny warunek.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym dokumentacji zdjęciowej, treść oferty Odwołującego nie była zgodna z warunkami sformułowanymi przez Zamawiającego, a wobec powyższego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 99 ust. 1-2 oraz 4-6 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że po upływie terminu zaskarżenia postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu odwoławczym, wykonawcy nie mogą skutecznie podnosić zarzutów dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia i ich skutków

w formułowaniu ofert, ani z nich wywodzić zasadności interpretacji własnej postanowień SWZ.

Wobec powyższego Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony, a zatem zarzut ten podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust.

2 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.).

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....