

Sygn. akt: KIO 914/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2024 r. przez wykonawcę **Golden Line sp. z o. o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **32 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Łasku, Gucin 58a, 98-113 Buczek**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy „**PRAXIS ŁÓDŹ Pilecka i Petlak**” sp.j., ul **Przędzalniana 35, 90-035 Łódź**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 914/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – 32 Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku, Gucin 58a, 98-113 Buczek, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących – powtórka”, numer referencyjny: 22/TP2/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.02.2024 r., nr 2024/BZP 00105036/01.

W dniu 19.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Golden Line sp. z o. o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak sp. j. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy prawidłowe zastosowanie przywołanego przepisu winno prowadzić do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, który dla pozycji nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego zaoferował tonery równoważne do drukarek jednakże dla tego typu materiałów eksploatacyjnych równoważnych podmiot ten przedłożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności wykonanych przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, które to raporty wbrew wymaganiom rozdziału 3 ust. 22 SWZ zostały wykonane niezgodnie z normą ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych) bowiem testy tonerów nie zostały przeprowadzone przy użyciu najnowszej wersji sterownika drukarki,

2) art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące wyborem jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak sp. j., która w świetle regulacji Pzp oraz postanowień SWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców bowiem zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp oraz wymaganiami SWZ,

3) ewentualnie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak sp.j. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności wykonanych przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji dotyczących tonerów równoważnych wymienionych w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego, podczas gdy prawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu winno prowadzić do wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sterowników użytych podczas badania wydajnościowego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „Zgodnie z treścią rozdziału 3 ust. 22 SWZ w zakresie tonerów oferowane wyroby równoważne muszą posiadać raporty z testów wydajności przeprowadzone zgodnie z normami: ISO

19752 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem przeznaczonym do monochromatycznych drukarek laserowych), ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych). Raporty muszą być wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm. Wykonawca obowiązany jest złożyć powyższe raporty lub dokumenty równoważne wraz z ofertą w przypadku zaoferowania produktów równoważnych. Zamawiający w treści rozdziału 4 ust. 1 pkt 1.1. SWZ przewidział, że w/w raporty z testów wydajności stanowią będą przedmiotowe środki dowodowe.

W tym miejscu wskazać należy, iż PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego zaoferował tonery równoważne do drukarek jednakże dla tego typu materiałów eksploatacyjnych równoważnych podmiot ten przedłożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności wykonanych przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, które to raporty wbrew wymaganiom rozdziału 3 ust. 22 SWZ zostały wykonane niezgodnie z normą ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych) bowiem testy tonerów nie zostały przeprowadzone przy użyciu najnowszej wersji sterownika drukarki.

Wyjaśnienia wymaga, iż zgodnie z treścią rozdział 4 normy ISO 19798 reguluje parametry testowe i warunki przeprowadzenia badania wydajności kartridży z tonerem dla kolorowych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych zawierających komponenty drukarki. Zgodnie z punktem 4.1 wskazanej normy należy zastosować się do następujących poleceń: umieścić drukarkę na poziomej powierzchni i skonfigurować drukarkę zgodnie z przewodnikiem instalacji dostarczonym w instrukcji obsługi drukarki. Użyć najnowszego dostępnego sterownika drukarki z witryny internetowej producenta lub dostarczonego sterownika wraz z drukarką. Wersja sterownika zostanie określona w raporcie z testu. (...)

Odwołujący zarzuca, iż w przypadku badania wydajności tonerów zaoferowanych przez PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego nie zostały użyte najnowsze dostępne sterowniki drukarek. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie potwierdza po pierwsze analiza treści raportu 33/2022.001 sporządzonego przez Centrum Badawcze NAVOR w dniu 15 maja 2022 roku. Raport ten dotyczy tonerów wymienionych w pozycjach 16-19 formularza cenowego. Na stronie 6 wskazanego raportu znajduje się informacja, że testy wydajnościowe zostały przeprowadzone przy użyciu wersji sterownika drukarki nr 6.3.9600.16384. Odwołujący drogą mailową w dniu 15 marca 2024 roku otrzymał informację od przedstawiciela Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. (czyli producenta urządzenia drukującego do którego PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi zaoferował tonery równoważne), iż wskazany numer sterownika użytego do badań wydajnościowych nie jest tożsamy z numeracją sterowników wykorzystywanych przez Konica Minolta. Podobna informacja wynika z analizy strony internetowej producenta urządzenia drukującego gdzie nie został wymieniony sterownik o wskazanym przez oferenta numerze. (...)

Kolejno odwołujący wskazuje, iż w treści raportu 45/2022.001 sporządzonego przez Centrum Badawcze NAVOR w dniu 11 lipca 2022 roku (strona 5), który dotyczy tonerów wymienionych w pozycjach 21-24 formularza cenowego został wskazany sterownik drukarki nr 6.3.9600.17415, podczas gdy z informacji uzyskanych ze strony internetowej producenta urządzenia drukującego Lexmark C748de wynika, że w dacie sporządzenia raportu z testów najnowszy sterownik dla tego urządzenia posiada numer 3.0.1.0.

W ocenie odwołującego, skoro PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wydajności wykonanych przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, które to raporty wbrew wymaganiom rozdziału 3 ust. 22 SWZ zostały wykonane niezgodnie z normą ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych) bowiem testy tonerów nie zostały przeprowadzone przy użyciu najnowszej wersji sterownika drukarki to w tej sytuacji zamawiający winien odrzucić ofertę wskazanego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp. (...) Odwołujący wyjaśnia, iż jego zdaniem w niniejszej sprawie zamawiający nie jest uprawniony, aby na podstawie art. 107 ust. 2 pzp skorzystać z procedury wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi bowiem podmiot ten złożył kompletne środki dowodowe, których treść obarczona jest wadami powodującymi, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

W przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 odwołujący zgłasza zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 107 ust. 4 pzp poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie przez zamawiającego i zaniechanie wezwania wykonawcy PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wydajności wykonanych przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji dotyczących materiałów

eksploatacyjnych do urządzeń drukujących wymienionych w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego. (...)
Treścią tego przepisu nie jest natomiast objęta możliwość poprawienia błędów, które zauważone zostaną w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych. (...)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak sp.j., względnie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sterowników użytych
- 3) podczas badania wydajnościowego tonerów równoważnych wymienionych w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 formularza cenowego,
- 4) powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert),
- 5) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 22.03.2024 r. wykonawca „PRAXIS ŁÓDŹ Pilecka i Petlak” sp.j., ul. Przędzalniana 35, 90-035 Łódź (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 29.03.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 02.04.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację. Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 03.04.2024 r. odnoszące się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących – powtórka.

W ust. 22 rozdziału 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

W zakresie tonerów, oferowane wyroby równoważne muszą posiadać raporty z testów wydajności przeprowadzone zgodnie z normami: ISO 19752 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem przeznaczonym do monochromatycznych drukarek laserowych), ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych). Raporty muszą być wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm. Wykonawca obowiązany jest złożyć powyższe raporty lub dokumenty równoważne wraz z ofertą w przypadku zaoferowania produktów równoważnych.

W rozdziale 4 SWZ dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający wskazał:

1. Zamawiający w zakresie dostawy tonerów wymaga przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktów równoważnych (tj. w przypadku uzupełnienia kolumny nr 15 i 16 w formularzu cenowym po modyfikacji dla danej pozycji) wraz z ofertą, w postaci:

1.1. raportów z testów dla każdego oferowanego produktu równoważnego potwierdzające, że podana wydajność jest wynikiem przeprowadzenia testów zgodności, którego wydajność jest co najmniej taka jak materiału oryginalnego zalecanego przez producentów sprzętu i jest zgodna odpowiednio z poniższymi normami lub normami równoważnymi: ISO 19752 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem przeznaczonym do monochromatycznych drukarek laserowych), ISO 19798 (międzynarodowy standard pomiaru wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych);

1.2. raporty muszą być wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm.

2. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, poprzez platformę zakupową.

Przystępujący złożył formularz cenowy, w którym w pozycjach nr 16-19 oraz 21-24 zaoferował tonery równoważne do drukarek. Przedłożył także:

- dla pozycji nr 16-19 raport z badań nr 33/2022.001 wydany przez Centrum Badawcze Navor, w którym na str. 6 w zakresie testów wydajności wg normy ISO/IEC 19798 wpisano wersję sterownika drukarki - 6.3.9600.16384 (Konica Minolta C258, Konica Minolta C308),
- dla pozycji nr 21-24 raport z badań nr 45/2022.001 wydany przez Centrum Badawcze Navor, w którym na str. 5 w zakresie testów wydajności wg normy ISO/IEC 19798 z użyciem drukarki Lexmark C748de wpisano wersję sterownika drukarki - 6.3.9600.17415.

Pismem z dnia 14.03.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W niniejszej sprawie Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział 3 ust. 22 SWZ) na konieczność złożenia dla wyrobów równoważnych raportów z testów wydajności, ale wymagania wobec tych przedmiotowych środków dowodowych opisał w rozdziale 4 SWZ. Zgodnie z tymi wymaganiami raport z testów miał potwierdzać, że podana wydajność:

- jest wynikiem przeprowadzenia testów zgodności,
- jest co najmniej taka jak materiału oryginalnego zalecanego przez producentów sprzętu,
- jest zgodna odpowiednio z poniższymi normami lub normami równoważnymi: ISO 19752, ISO 19798.

Dodatkowo Zamawiający żądał, by raport był wystawiony przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm.

Zamawiający żądał zatem raportu z testów wystawionego przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację, który to raport miał potwierdzać wydajność m.in. zgodną ze wskazaną normą. Innymi słowy: Zamawiający żądał, aby wyroby równoważne posiadały określoną wydajność, co potwierdzać miał raport z testów wystawiony przez podmiot posiadający akredytację.

W tym miejscu należy wskazać, czym jest akredytacja. W celu wyjaśnienia tego pojęcia art. 4 pkt 1 ustawy o systemie oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1854 ze zm.) odsyła do art. 2 pkt 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 765/2008. Zgodnie z tym przepisem „akredytacja” oznacza poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz - w stosownych przypadkach - wszelkie dodatkowe wymagania, w tym wymagania określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji określonych czynności związanych z oceną zgodności. Przepisy tegoż rozporządzenia definiują także:

- „krajową jednostkę akredytującą” jako jedyną autorytatywną jednostkę w państwie członkowskim, udzielającą akredytacji na podstawie upoważnienia udzielonego jej przez państwo (art. 2 pkt 11),
- „jednostkę oceniającą zgodność” jako jednostkę, która wykonuje czynności z zakresu oceny zgodności, w tym wzorcowanie, badanie, certyfikację i inspekcję (art. 2 pkt 13),
- „ocenę zgodności” jako proces wykazujący, czy zostały spełnione określone wymagania odnoszące się do produktu, procesu, usługi, systemu, osoby lub jednostki (art. 2 pkt 12).

Już tylko z ww. definicji wynika, że w systemie akredytacji krajowa jednostka akredytująca udziela akredytacji jednostce oceniającej zgodność, która z kolei dokonuje oceny zgodności, czyli bada spełnienie określonych wymagań np. przez dany produkt. Tym samym akredytacja stanowi poświadczenie, że jednostka oceniająca zgodność jest podmiotem posiadającym wszelkie kwalifikacje potrzebne do przeprowadzenia oceny zgodności danego produktu z określonymi wymaganiami. Tak zbudowany system akredytacji służy z jednej strony podnoszeniu jakości np. produktów, bo ich wytwórcy mają interes w tym, by uwiarygodnić swoje produkty na rynku poprzez uzyskanie pozytywnego wyniku oceny zgodności, a z drugiej strony – służy ułatwieniu życia konsumentom/użytkownikom, którzy mogą oprzeć się na wynikach ocen zgodności przeprowadzonych przez jednostki akredytowane nie ponosząc kosztów i czasu niezbędnego do samodzielnego weryfikowania jakości tych produktów. Cały system został zatem ustanowiony po to, by uwiarygodnić dany produkt/usługę/proces jako spełniający określone wymagania, bez konieczności każdorazowego sprawdzania tego produktu/usługi/procesu przez zainteresowanego nim użytkownika.

W Polsce krajową jednostką akredytującą jest Polskie Centrum Akredytacji, które w okresie wykonania kwestionowanych w odwołaniu badań udzieliło akredytacji Centrum Badawczemu Navor, które z kolei wykonało ww. badania i wystawiło raporty nr 33/2022.001 i 45/2022.001 z tych badań przedłożone przez Przystępującego. Skoro raporty te potwierdzają, że podana wydajność:

- jest wynikiem przeprowadzenia testów zgodności,
- jest co najmniej taka jak materiału oryginalnego zalecanego przez producentów sprzętu,
- jest zgodna z normą ISO 19798,

to nie ma podstaw, by uznać, że wymogi Zamawiającego nie zostały spełnione i że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W szczególności nie można przyjąć, że rolą Zamawiającego miałyby być weryfikowanie prawidłowości wykonania badań przez akredytowaną jednostkę, czyli Centrum Badawcze Navor. To rolą PCA jako krajowej jednostki akredytującej jest weryfikowanie kwalifikacji jednostki oceniającej zgodność przed udzieleniem jej akredytacji, a następnie nadzorowanie jej działalności. W okresie, w którym jednostka oceniająca zgodność, czyli w tym wypadku Centrum Badawcze Navor, posiadała akredytację, wystawione przez nią raporty z badań były ważne i nadal korzystają one z domniemania, że w tym okresie badania były przeprowadzone prawidłowo, w tym również zgodnie z normą ISO 19798. Tak działa system akredytacji i po to został ustanowiony, żeby użytkownik/konsument, np. Zamawiający nie weryfikował samodzielnie prawidłowości prowadzenia badań i ich wyniku, ale mógł oprzeć się na dokumentach wystawionych przez zweryfikowany już, bo akredytowany, podmiot. Taki też cel należy przypisać wymogowi zawartemu w rozdziale 4 SWZ, czyli wymogowi przedłożenia raportów z badań, które będą dla Zamawiającego stanowić potwierdzenie spełnienia jego wymagań bez potrzeby angażowania się jego samego w sprawdzanie jakości wyrobów równoważnych. Żądanie Odwołującego, aby to Zamawiający samodzielnie oceniał prawidłowość wykonania badań przez Centrum Badawcze Navor sprowadza się w istocie do niezasadnego żądania, aby Zamawiający wszedł w rolę krajowej jednostki akredytującej, czyli PCA.

Reasumując, Izba stwierdziła, że skoro w okresie wystawienia kwestionowanych raportów nr 33/2022.001 i 45/2022.001 Centrum Badawcze Navor jako jednostka oceniająca zgodność posiadało akredytację udzieloną przez PCA, to składając ww. raporty z badań potwierdzające wymagania Zamawiającego Przystępujący wypełnił obowiązek wynikający z rozdziału 4 SWZ i nie zachodzi podstawa odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, ani też podstawa do wzywania go do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, Izba dokonała następującej ich oceny.

1) Dowody dołączone jako zał. nr 2 i 3 do pisma Przystępującego z dnia 02.04.2024 r. w postaci oświadczeń Centrum Badawczego Navor wraz z załącznikami pokazują, w jaki sposób przebiegały „krok po kroku” badania wydajności tonerów zakończone wystawieniem kwestionowanych raportów nr 33/2022.001 i 45/2022.001. W szczególności w obu przypadkach pokazano ostateczny wydruk strony testowej, na której w wyniku przeprowadzenia całego badania ukazuje się numer sterownika zgodny z numerem wskazanym w raportach z badań, czyli odpowiednio: 6.3.9600.16384 dla Konica Minolta i 6.3.9600.17415 dla Lexmark. Jednocześnie Centrum Badawcze Navor w ww. oświadczeniach wyjaśniło, że:

- „Różnica pomiędzy oznaczeniem wersji sterowników a stroną internetową producenta wynika z tego, że określony na stronie numer nie dotyczy rzeczywistej wersji sterownika, a najprawdopodobniej wersji oprogramowania służącego do instalacji sterowników” (zał. nr 2 do pisma z 02.04.2024 r.),
- „Przy sprawdzaniu wersji sterownika nie należy sugerować się stroną internetową producenta, gdyż na niej możliwe jest ściągnięcie tylko programów instalacyjnych zawierających pakiet aktualnych sterowników do różnych urządzeń, co sugeruje sama nazwa: „Uniwersal Print Driver Instalation Package v2 (3.0.1.0.)” a przypisany mu numer określa wersję programu instalacyjnego, a nie zawartych w nim sterowników, które w zależności od modelu drukarki mogą mieć różne numery wersji” (zał. nr 3 do pisma z 02.04.2024 r.).

Ww. dowody jako pochodzące wprost od jednostki oceniającej zgodność i pokazujące przebieg konkretnych badań wraz z wykazaniem, że w ich wyniku uzyskuje się określony numer sterownika zgodny z numerem w raporcie z badań Izba oceniła jako dowody posiadające większą wiarygodność i moc dowodową niż dowody złożone przez Odwołującego w postaci wydruków ze stron internetowych i korespondencji mailowej z Konica Minolta odsyłającej do strony internetowej (zał. 1 do pisma Odwołującego z dnia 03.04.2024 r. oraz dowody nr f), g) i i) dołączone do odwołania). Z ww. dowodów złożonych przez Odwołującego wynika wprawdzie, że w dacie rozpoczęcia przeprowadzenia badań najnowsze sterowniki miały inne numery niż wskazane w raportach z tych badań, niemniej jednak (pomijając już kwestię braku wykazania przez Odwołującego, że oznaczenie „bizhub” przy C308 nie wpływa na zmianę modelu drukarki) należy zauważyć, że informacje zamieszczane na stronach internetowych z natury rzeczy są informacjami o charakterze ogólnym skierowanymi do masowego odbiorcy, nie odnoszą się zatem do konkretnych okoliczności faktycznych, w których wymagane jest ich użycie (potrzeb/badań/procesów). Izba nie neguje przy tym generalnej możliwości przedstawiania takich środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym, niemniej jednak w tej konkretnej sprawie ocenia ich wiarygodność i moc dowodową jako mniejszą w porównaniu do dowodów w postaci

oświadczeń podmiotu przeprowadzającego badania wraz z załącznikami pokazującymi sposób przeprowadzenia tego badania i uzyskany wynik zbieżny pod względem numeru sterowników z treścią raportów z badań.

- 2) Dowody dotyczące oferty Odwołującego złożone przez Odwołującego (zał. 2, 3 i 4 do pisma z dnia 03.04.2024 r.) i przez Przystępującego na posiedzeniu, po pierwsze, nie dotyczą oferty kwestionowanej w odwołaniu, po drugie – w przypadku dowodów w postaci wydruków z m.in. datami i numerami sterowników ze stron internetowych – Izba podtrzymuje wyżej wskazaną argumentację o ich mniejszej wiarygodności i mocy dowodowej w stosunku do dowodów w postaci oświadczeń podmiotu przeprowadzającego badania wraz z załącznikami, po trzecie – w przypadku dowodów złożonych przez Odwołującego – nie mogą one potwierdzać jego argumentacji, skoro zostały przedstawione w związku z przeprowadzeniem samodzielnie przez Odwołującego badania na drukarce „podobnej” (a nie takiej samej) do drukarki wskazanej w raporcie nr 33/2022.001,
- 3) Dowód w postaci korespondencji mailowej z Lexmark z dnia 18.03.2024 r. (zał. nr 7 do pisma Odwołującego z dnia 03.04.2024 r.) po pierwsze, pozbawiony jest wiarygodności i mocy dowodowej z powodu braku możliwości identyfikacji osoby oznaczonej pod mailem jako „Veronika D.”, po drugie – dowód nie potwierdza argumentacji Odwołującego, bo wynika z niego tylko tyle, że „Veronika D.” nie posiada informacji, czy był dostępny sterownik w wersji 6.3.9600.17415 do modelu drukarki C748de.
- 4) Dowód w postaci „Zakresu akredytacji laboratorium badawczego” (zał. nr 5 do pisma Odwołującego z dnia 03.04.2024 r.), z którego wynika, że PCA zawiesiło w całości akredytację dla podmiotu przeprowadzającego kwestionowane w odwołaniu badania na okres 26.01.2024 – 25.07.2024 r., nie zmienia faktu, że w okresie przeprowadzania tych badań, czyli w 2022 r., akredytacja ta była ważna i nie wpływa też, w ocenie Izby, na wiarygodność oświadczeń tego podmiotu dotyczących badań przeprowadzonych w okresie ważności akredytacji.
- 5) Dowody w postaci: wyciągu z normy ISO/IEC 19798 i jej tłumaczenia na j. polski (dowód nr d) dołączony do odwołania), Certyfikatu akredytacji laboratorium badawczego wystawionego przez PCA dla PPHU InterCom_plus D.L. (zał. nr 1 do pisma Przystępującego z dnia 02.04.2024 r.) oraz raportów z badań nr 33/2022.001 i 45/2022.001 z oferty Przystępującego (zał. nr e) i h) dołączone do odwołania) potwierdzały fakty niesporne między Stronami i Przystępującym.

W trakcie posiedzenia Odwołujący złożył także dowód w postaci pisma PCA z dnia 12.03.2024 r. (zał. nr 6 do pisma Odwołującego z dnia 03.04.2024 r.), który Przystępujący najpierw zakwestionował z powodu złożenia go w formie kopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem, następnie Odwołujący go cofnął, po czym mimo powyższego Przystępujący wniósł o jego przeprowadzenie. Abstrahując od tego, że dysponentem tego dowodu był Odwołujący, zatem na wniosek Przystępującego dowód ten nie mógł zostać przez Izbę „przywrócony”, przede wszystkim wobec powstałego w trakcie rozprawy sporu wokół tego dokumentu, Izba uznaje za właściwe odniesienie się do niego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 541 ustawy Pzp Izba może odmówić przeprowadzenia dowodu:

- jeżeli fakty będące przedmiotem dowodu zostały już stwierdzone innym dowodem,
- jeżeli dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Ponadto z art. 531 ustawy Pzp wynika, że Izba może też odmówić przeprowadzenia dowodu, jeżeli jego przedmiotem są fakty nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Tym samym wskazane wyżej przepisy nie przewidują możliwości odmowy przeprowadzenia dowodu w postaci dokumentu z powodu tego, że został on złożony w formie kopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu dowodów składanych w postępowaniu odwoławczym przed KIO, zatem nie można z góry wykluczyć możliwości złożenia jako dowodu dokumentu w formie kopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem. Do obowiązków Izby należeć będzie natomiast dokonanie oceny wiarygodności i mocy dowodowej takiego dowodu.

W tym wypadku w ocenie Izby, ww. pismo PCA zostało pozbawione wiarygodności i mocy dowodowej przede wszystkim z uwagi na brak podpisu pod jego treścią, nie zaś z uwagi na formę jego przedstawienia na rozprawie, zwłaszcza wobec faktu, że sama treść, jak ostatecznie zostało ustalone podczas rozprawy, nie była kwestionowana przez Przystępującego, gdyż w istocie zawierała korzystne dla niego informacje. Zatem ww. dowód złożony przez Odwołującego, nawet gdyby nie został wycofany, w ocenie Składu Orzekającego, i tak byłby pozbawiony wiarygodności i mocy dowodowej z powodu braku podpisu, a nawet gdyby zawierał podpis, to jego treść potwierdzająca, że raporty z badań wystawione w okresie posiadania akredytacji przez PPHU InterCom_plus D.L. (Centrum Badawcze Navor) są ważne, była korzystna dla Zamawiającego i Przystępującego.

Powyższe rozważania Izby mają na celu wyjaśnienie kwestii spornych powstałych w trakcie rozprawy, natomiast wobec wycofania ww. dowodu przez Odwołującego Izba ostatecznie nie zaliczyła go w poczet materiału dowodowego w tej sprawie.

Izba uznała zatem za najbardziej wiarygodne dowody w postaci oświadczeń Centrum Badawczego Navor wraz z załącznikami potwierdzających prawidłowość przeprowadzonych na rzecz Przystępującego badań wydajności tonerów.

Niezależnie jednak od dokonanej przez Izbę oceny złożonych dowodów, ponownie należy stwierdzić, że podstawowym powodem oddalenia odwołania jest brak podstaw do kwestionowania raportów nr 33/2022.001 i 45/2022.001 jako wydanych w okresie, gdy Centrum Badawcze Navor posiadało akredytację udzieloną przez PCA. Tym samym nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, ani przesłanka wzywania go do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i (niecofnięte) dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca