

WYROK

Warszawa, dnia 19 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.W., B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi- Południe w Warszawie, ul. Terespolska 15A

Uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca Komax 9 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Przemysłowa 2

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.W., B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10 i
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.W., B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego i kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.W., B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10 na rzecz zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi- Południe w Warszawie, ul. Terespolska 15A kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika.

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 733/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 242-758269 z dnia 15 grudnia 2023 r.

W dniu 21 lutego 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 4 marca 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J.W., B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Netprint spółka cywilna J.W., B.S. z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 marca 2024 r. udzielonego przez obu współników. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KOMAX, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty KOMAX z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KOMAX, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty KOMAX z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia;
- 3)art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez KOMAX jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego

było dokonanie czynności odstąpienia tychże informacji i dokumentów.

Wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości,
 - 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
 - 3.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 4.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert,
 - 5.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty KOMAX,
 - 6.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.
- Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, odwołujący nie został wykluczony z postępowania.

Gdyby zamawiający wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy, to oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdyż powinna zostać najwyżej oceniona w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których dopuścił się zamawiający.

W pierwszej kolejności wskazał, że „zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 ustawy (odpowiednik art. 25 ust. 2 pkt 2 ustawy z 2004 r.) i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 ustawy) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 858/22). Powyższe oznacza, że przedkładając określone przedmiotowe środki dowodowe (a dokładniej – nie składając wszystkich wymaganych przedmiotowych środków dowodowych) KOMAX zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Dlatego też, jego oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Na KOMAX spoczywał obowiązek wykazania zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego. Zamawiający nie powinien domyślać się jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty – w tym w zakresie przedmiotowych środków dowodowych. Deklaracja wykonawcy i dokumenty potwierdzające spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego powinny być jednoznaczne i nie budzić wątpliwości zamawiającego.

Treść oferty wykonawcy musi w sposób jasny potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia – a w przedmiotowym przypadku, treść złożonej oferty nie potwierdza takich okoliczności, gdyż nie zawiera ona wymaganych przez zamawiającego środków dowodowych. Złożone środki dowodowe nie potwierdzają, że zaoferowane produkty są zgodne z warunkami zamówienia. Brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych, przy ustalonym przez zamawiającego brzmieniu SWZ, powoduje konieczność uznania, że zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty KOMAX.

Nawet jeżeli KOMAX w ofercie określił precyzyjnie swoje zobowiązanie, w którym deklarował spełnienie wszystkich istotnych wymagań objętych treścią SWZ, a okoliczności takich nie potwierdzają złożone dokumenty, zamawiający był zobowiązany, aby ofertę taką odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Zamawiający dokonał czynności wezwania 12.02.2024 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do „uzupełnienia dokumentów przez przedłożenie dokumentów na potwierdzenie, że oferowany artykuł równoważny (...) posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż wskazane przez zamawiającego w SWZ”.

Sam wybór podstawy prawnej nie tylko powinien budzić wątpliwości, ale wskazywać na próbę ominięcia ustalonego przez zamawiającego zakazu uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, „Regulacja zawarta w art. 128 ust. 1 ustawy odnosi się do tych dokumentów, które były składane przez wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy oraz zgodnie z art. 266 ust. 1 ustawy do tych dokumentów składanych na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy” (wyrok KIO z dnia 17 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3018/21).

Jest to o tyle istotne, że zgodnie z treścią rozdziału V SWZ, który dotyczył przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający zawarł następującą treść:

W tym miejscu odwołujący wkleił pkt. 3 i 4 rozdziału V SWZ.

Zamawiający w treści ww. wezwania, wskazał również na podstawę z SWZ dokonania takiego wezwania – rozdział III ust. 6 (rozdział dotyczący opisu przedmiotu zamówienia). Postanowienie to jest następującej treści: - w tym miejscu

odwołujący wkleił treść ust. 6 rozdziału III.

Sam zamawiający określił te same dokumenty jako przedmiotowe środki dowodowe – w treści rozdziału V ust. 1 SWZ.

Dodatkowo, kluczowa informacja znajduje się w ostatnim akapicie rozdziału V ust. 1 i w treści rozdziału V ust. 2 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że – w tym miejscu odwołujący wkleił postanowienia rozdziału V ust. 1.

Powyższe według odwołującego oznacza, że skoro w pozycji 50 formularza asortymentowoilościowo-cenowego pojawiła się pozycja równoważna do produktu referencyjnego, a KOMAX nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego dla tej pozycji, to w takim zakresie zamawiający nie miał podstaw do dokonania czynności jakiegokolwiek wezwania KOMAX, a obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Powołał wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 805/23.

Kolejnym zarzutem dotyczącym niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest okoliczność, że zamawiający żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzać zgodność – w tym miejscu ponownie odwołujący wkleił pkt. 6 rozdziału III i przywołał normy, zgodnie z którymi miały być wydane atesty.

Natomiast KOMAX przedłożył przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające zgodność z innymi normami, tj.:

1) ISO/IEC 19752:2004 (np. w raporcie 26632380/2015.001, raporcie 26632578.004/2016.01, raporcie 26632219.002/2016.001, raporcie 26633097/2017.002)

Powyższe według odwołującego oznacza, że wskazane przedmiotowe środki dowodowe nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego, jako element warunków zamówienia.

Antycypując potencjalną argumentację zamawiającego uzasadniającą, że możliwym byłoby uznanie tych przedmiotowych środków dowodowych za właściwe, wskazał, że:

1) Nie są to dokładnie te normy, których wymagał zamawiający – wprost zostały one opisane jako przedmiotowe środki dowodowe i w takim zakresie były wymagane przez zamawiającego. Oczywiście, możliwym było złożenie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych, tylko że w tym zakresie obowiązek wykazania spełnienia wymogów żądanej przez zamawiającego normy spoczywał na wykonawcy. Jako, że jest to przedmiotowy środek dowodowy, a zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to w takim przypadku oferta KOMAX podlega odrzuceniu;

2) Jeżeli KOMAX zamierzał złożyć takie przedmiotowe środki dowodowe, to przed upływem terminu składania ofert mógł podjąć działania mające na celu umożliwienie złożenia takich środków dowodowych, tj. skorzystać ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania do KIO czy zawnioskować o modyfikację wymogów w dokumentach zamówienia.

Jako, że na etapie po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości dokonywania zmiany treści SWZ oraz nadawania jej innego brzmienia niż to literalne, przedmiotowe środki dowodowe złożone przez KOMAX nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego. Oznacza to, że oferta KOMAX winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy

Zgodnie z treścią przepisu art. 18 ust. 1 ustawy, jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych jest jawność postępowania. Wyjątek od tej zasady został wskazany w treści przepisu art. 18 ust. 3 ustawy – tajemnica przedsiębiorstwa.

Jawność postępowania służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika wprost z przepisu art. 18 ust. 2 ustawy, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Powołał wyrok KIO z dnia 2 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 29/22, wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21.

W zakresie zastrzeżenia dokumentów przez wykonawcę KOMAX wskazał na 2 okoliczności:

1) Nieskuteczne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do nieskuteczności zastrzeżenia informacji i dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazać należy na brak odpowiedniego wyjaśnienia i udowodnienia istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powołał wyrok KIO z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 674/22.

W tej sprawie, do wyjaśnień złożonych przez KOMAX został złożony wyłącznie 1 dowód mający potwierdzać, że dane informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa – oświadczenie producenta. Już tylko z samego tego faktu wynika to, że nie została spełniona przesłanka możliwości zastrzeżenia dokumentów i informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazana w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy, gdyż KOMAX nie udowodnił zamawiającemu (nie poparł argumentacji dowodami), że dane dokumenty i informacje powinny korzystać z wyłączenia jawności postępowania.

Po drugie, wyjaśnienia te w swojej treści są niezwykle lakoniczne. Jeżeli w ocenie wykonawcy ww. informacje mają istotne znaczenie gospodarcze, nie było przeszkód, aby dokonać zastrzeżenia tajemnicy jedynie odnośnie do tych informacji. Nie są one w żadnym razie podstawą do zastrzeżenia całości dokumentów.

Uzasadnienie zawiera jedynie ogólnikowe (a przez to bezskuteczne) stwierdzenia, że są to informacje podlegające ochronie.

Zatem, z samych tylko tych okoliczności, zamawiający nie miał uprawnienia do stwierdzenia, że dokumenty i informacje winny stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślił, że „wykazanie to coś więcej niż uzasadnienie - wykazanie to udowodnienie. Przyjmując ustalony przez ustawodawcę sposób dowodzenia, określony przepisem art. 534 ust. 1 p.z.p. (strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), wykonawca, który powołuje określone okoliczności winien je udowodnić. Ogólne twierdzenia o przyjętych założeniach, możliwych, hipotetycznych sytuacjach, czy wreszcie przekonanie wykonawcy o słuszności dokonania takiej czynności nie może stanowić nawet próby wykazania. Wykonawca winien szczegółowo opisać związek przyczynowo-skutkowy, który charakteryzuje daną okoliczność z powołaniem dowodów potwierdzających zasadność takiego postępowania” (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3724/21).

Zarzut ten dotyczy wszystkich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych przez KOMAX, gdyż są one w zasadzie tożsame.

Dlatego też, zamawiający winien odtajnić dokumenty zastrzeżone przez KOMAX jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 5 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu marca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca KOMAX 9 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem:

- jego oferta słusznie została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert kwestionowaną odwołaniem czynnością z dnia 21.02.2024r.,

- przedmiotem zaskarżenia jest czynność wyboru oferty przystępującego i zarzucane zamawiającemu zaniechanie odrzucenie oferty odwołującego, w tej sytuacji oddalenie odwołania będzie miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania i możliwość uzyskania zamówienia przez przystępującego,

Przystępujący skutecznie oraz terminowo dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych w postępowaniu informacji.

Przystępujący wskazał ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oferty przystępującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy i w sposób zgodny z treścią SWZ jak również złożonej przez przystępującego oferty.

Przystępujący również powołał rozdział III pkt. 5 i 6 SWZ. Podniósł, że wskazane w Załączniku nr 1 do SWZ materiały eksploatacyjne powinny posiadać wydajność ustaloną według norm badania wydajności odpowiednio ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 i ISO/IEC 24711 (w powiązaniu z normą ISO/IEC 24712) lub równoważnych. W przypadku wątpliwości n Wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia powyższych warunków.

6.W sytuacji, gdy Wykonawca zaoferuje produkt równoważny, na potwierdzenie, że oferowane artykuły równoważne posiadają takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe, będzie musiał wykazać, że oferowane materiały eksploatacyjne spełniają wymogi zamawiającego, przykładowo załączyć wraz ze składaną ofertą nw. dokumenty:

6.1. raporty z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:2021 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych, przy czym raporty z testów muszą być dołączone oddzielnie do każdego artykułu. Powyższe raporty z testów muszą być wystawione przez zewnętrzną firmę, która posiada certyfikat akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji aktualny na dzień składania ofert (tzn. jest uprawniona do kontroli jakości według w/w norm i do wystawiania tego typu dokumentów).

W odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą następujących:

ROZDZIAŁ V: INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH

1.Zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania zgodności oferowanych dostaw odpowiedników rynkowych (równoważnych materiałów eksploatacyjnych) zgodnie z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, które obejmują stosowne certyfikaty i raporty z testów wydajności wydane przez jednostkę niezależną od producenta tj. Polskie Centrum Akredytacji lub inną równoważną jednostkę oceniającą zgodność. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w zakresie materiałów eksploatacyjnych ujętych w załączniku nr 1 do SWZ w postaci (...)

1.2.Certyfikat zgodności z normami:

1.2.1.ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych.

1.2.2.ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,

1.2.3.ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,

1.2.4.ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych, wystawionego przez jednostkę oceniającą zgodność, posiadającego akredytację do certyfikacji wyrobów nadana przez Polskie Centrum Akredytacji - zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Ustawy. Na potwierdzenie statusu jednostki oceniającej zgodność Zamawiający żąda złożenia certyfikatu ISO 17065:2013.

1.3.Raporty z testów wydajności potwierdzające wydajność materiałów równoważnych wydane przez jednostkę oceniającą zgodność. Zamawiający wymaga, aby raport przedstawiał pełne badanie wydajności. Każdy zaoferowany materiał równoważny powinien posiadać ww. badania - Zamawiający nie wyraża zgody na przedstawienie zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów (tonerów). Raporty z testów ISO/IEC spełniające wymagania zamawiającego muszą być wystawione przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada stosowną akredytację Polskiego Centrum Akredytacji znajdującego się w Warszawie lub przez inne jednostki równoważne oceniające zgodność, potwierdzające, że wydajność nie jest mniejsza niż dla produktów zalecanych przez producenta.

Raporty z testów wydajności muszą posiadać wymaganą akredytację mierzoną zgodnie z normą:

- ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych,
- ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,
- ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,
- ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych.

W świetle powyższych wymagań SWZ wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych dotyczył wyłącznie dowodów dla potwierdzenia zgodności z przedmiotem zamówienia w odniesieniu do:

- tonerów monochromatycznych,
- kaset do kolorowych drukarek laserowych,
- atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego, • atramentowych wkładów drukujących kolorowych.

Zamawiający nie postawił żadnego wymogu dotyczącego przedmiotowych środków dowodowych dla innych produktów niż wskazane powyżej tj . w szczególności bębnow.

W tej sytuacji zarzut odwołania odnoszący się do rzekomo wadliwej czynności zamawiającego podjętej z naruszeniem art. 128 ustawy pozostaje całkowicie poza treścią warunków zamówienia.

Istotnie zamawiający czynnością z dnia 12.02.2024r. wezwał przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w odniesieniu do bębna drukującego do drukarki laserowej poz. 50: - w tym miejscu przystępujący wkleił treść wezwania zamawiającego.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego przy piśmie z dnia 12.02.br. złożył oświadczenie producenta zaoferowanego bębna zgodnie z którym – w tym miejscu przystępujący wkleił treść oświadczenia producenta złożonego zamawiającemu.

W poz. 50 przystępujący zaoferował bęben ActiveJet DRO-B431N, do którego nie odnoszą się wymagania zamawiającego zawarte w SWZ w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w specyfikacji.

Wskazał, że skoro zamawiający nie formułował wobec bębnow wymagań dotyczących PSD w tym w odniesieniu do konieczności wykazania wydajności o której mowa w powołanych normach (które nie dotyczą w żaden sposób bębnow) to brak jest możliwości postawienia zarzutu nieuprawnionego żądania przez zamawiającego uzupełnienia niewymaganego PSD.

Skoro zatem brak było w SWZ wymogu złożenia wskazanych PSD w odniesieniu do produktów innych niż wymienione powyżej – w szczególności bębnow, brak jest podstaw do obowiązku ich złożenia wraz z ofertą ,w konsekwencji zaś sformułowane wezwanie zamawiającego z dnia 12.02.br. nie zmienia treści wymagań warunków zamówienia i nie może powodować sankcji odrzucenia oferty o jaką wnosi odwołujący. W konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia a zarzut odwołania zasługuje na oddalenie.

W ramach PSD zamawiający wymagał od wykonawców raportów i certyfikatów. Dla pozostałych poz. równoważnych (19,22,24,25,28,29 i 33) oferta przystępującego zawierała kpl. raportów i certyfikat. Bębny nie podlegają powołanym normom, nie ma zatem wymogu opracowania raportów ani certyfikatu.

Należy mieć na względzie okoliczność, że warunkiem odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy jest wykazanie z jakim konkretnym wymaganiem SWZ oferta przystępującego pozostaje w kolizji. Zważywszy na sankcyjny i eliminacyjny charakter przesłanek odrzucenia oferty o których mowa w art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy brak jest podstaw do rozszerzającej interpretacji wymagań warunków zamówienia na etapie po składaniu ofert w postępowaniu.

Wskazał na orzecznictwo Izby ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia, przy zakazie dokonywania na tym etapie postępowania nadinterpretacji wymagań OPZ czy też zmian wymagań.

Tak przykładowo: wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., sygn. KIO 1603/22, KIO 708/23, wyrok z dnia 31 marca 2023 r., KIO

1090/23, wyrok z dnia 24 maja 2023 r.

Izba w orzecznictwie słusznie wskazuje na obowiązki zamawiającego dotyczące ścisłej, zawężającej nie zaś rozszerzającej interpretacji wymagań przetargowych – tak przykładowo:

KIO 891/23, wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r., KIO 560/23, wyrok z dnia 16 marca 2023 r.

Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca - zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ.

Powołał orzecznictwo Izby: KIO 720/23, wyrok z dnia 30 marca 2023 r.

Przystępujący wskazał, że interpretacja SWZ jakiej dokonuje odwołujący w odniesieniu do jasnego wymagania SWZ, skutkująca w dodatku bezzasadnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania, jest niedopuszczalna.

Skutkiem nadinterpretacji wymagań SWZ przez odwołującego jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych takich jak wyrażona w art. 16 ustawy zasada równości oraz uczciwej konkurencji ale także zasady efektywności o której mowa w art. 17 ustawy.

Mając na uwadze powyższe w zakresie poz. 50 zauważył, że niezależnie od w/w wykazanego faktu braku wymogu PSD dla bębnow, oferta KOMAX 9 Sp. z o.o. zawiera dodatkowe przedmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z SWZ Rozdział V pkt. 1 wymagano:

1.1 Certyfikat ISO 9001 i 14001

1.2 Certyfikat zgodności z normami

1.3 raporty z testów

Wbrew twierdzeniom odwołującego oferta KOMAX 9 Sp. z o.o. dla bębnow zaoferowanych w poz. 50 zawiera dodatkowe przedmiotowe środki dowodowe w postaci certyfikatu ISO 9001 i 14001 (wymogi pkt 1.1). Z uwagi na fakt, że bębny nie podlegają badaniom wg żadnych wymaganych norm ISO/IEC 17952, 19798, 24711 i 24712 nie jest możliwe złożone przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt. 1,2 i 1.3. Fakt ten koresponduje z jednolitym orzecznictwem KIO w tym zakresie.

Zauważył, że zamawiający w SWZ wyraźnie powołał się na normy i wskazał jakie grupy produktów podlegają odpowiedniej normie:

ISO/IEC 19752 - dla tonerów monochromatycznych

ISO/IEC 19798 - dla kaset kolorowych drukarek laserowych

ISO/IEC 24711 - dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego

ISO/IEC 24712 - dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych

Bębny nie należą do żadnej z wyżej wymienionych grup materiałów eksploatacyjnych, do których przypisane są w/w. normy i grupy produktów - nie są tonerem monochromatycznym, ani kolorowym, ani wkładem atramentowym koloru czarnego lub kolorowego.

Odwołujący jako profesjonalny wykonawca winien posiadać wiedzę w tym zakresie.

Zgodnie literalnym brzmieniem SWZ Rozdział V Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych pkt. 3 „Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa powyżej nie podlegają uzupełnieniu zgodnie z art. 107 ust. 2 i 3 ustawy” (tj. określone w pkt.

1.1 Certyfikat ISO 9001 i 14001,

1.2 Certyfikat zgodności z normami,

1.3 raporty z testów).

Zamawiający zatem jasno i precyzyjnie określił katalog dokumentów nie podlegających uzupełnieniu.

W tym zakresie żaden z wykonawców nie miał pytań i wątpliwości. Nie było żadnych zmian SWZ w tym zakresie.

Odwołujący zarzuca kolejno jako niezgodność treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia następującą okoliczność:

KOMAX przedłożył przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające zgodność z innymi normami, tj.:

1) ISO/IEC 19752:2004 (art. w raporcie 26632380/2015.001, raporcie 26632578.004/2016.01, raporcie 26632219.002/2016.001, raporcie 26633097/2017.002)

odwołującemu umknęło, że SWZ postępowania dopuszczał wprost równoważność w obrębie wskazanych norm, przywołał pkt 5 i 6 rozdziału III.

Zamawiający wezwaniem z dnia 27.02.br. skierował do przystępującego wezwanie następującej treści – w tym miejscu przystępujący wkleił treść wezwania zamawiającego.

Udzielając wyjaśnień na wezwanie zamawiającego przystępujący przy piśmie z dnia 27.02.br. wraz z załącznikami wykazał, że w zakresie aktualności norm zamieszczonych w raportach z badań TUV dla poz. 19, 22, 24-25, 28-29 normy

są aktualne na dzień złożenia oferty oraz nadal aktualne. Potwierdzeniem ważności badań jest Certyfikat wystawiony przez podmiot akredytowany TUV, zatwierdzany co roku po przeprowadzonym przez TUV audycie zgodnie z wytycznymi w tym zakresie (dokument w posiadaniu zamawiającego – oferta KOMAX 9 Sp. z o.o. oraz w załączniku).

Przystępujący wyjaśnił także, że certyfikat potwierdza podstawę badań dla tonerów monochromatycznych ISO/IEC 19752:2017, a Normy wykazane w raportach z badań TUV dla poz. 19, 22, 24-25, 28-29 tj. ISO/IEC 19752:2004/Coi 1:2012 są równoważne z normami ISO/IEC 19752:2017 i podstawy badań nie zmieniły się. Z tego też tytułu podmiot akredytowany TUV potwierdza zgodność norm (w tym podstawy badań) oraz ich równoważność.

Na okoliczność powyższego złożono stosowne oświadczenie podmiotu akredytowanego.

Z ustawy wprost wynika że zamawiający dopuszcza i akceptuje równoważne środki dowodowe.

Skoro zatem przystępujący wyjaśniając potwierdził i wykazał równoważność bądź tożsamość norm, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołania, a w istocie odwołujący pomija w odwołaniu całkowicie powyższe okoliczności, co oznacza, że nie kwestionując skuteczności złożonych wyjaśnień wraz z dowodami uznaje je za skuteczne i prawidłowe. Uznać zatem należy, że odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje równoważności norm oferty KOMAX 9 Sp. z o.o. Oznacza to wprost, że odwołujący uznał równoważność za fakt i nie dokonał zaskarżenia w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty KOMAX 9 Sp. z o.o.

Naprowadzamy również na fakt złożenia zapytania do treści SWZ przez jednego z wykonawców, który przed składaniem ofert sugerował zamawiającemu, że należy usunąć z listy przedmiotowych środków dowodowych certyfikat wymieniany w punkcie V.1.2.

Zamawiający nie odstąpił od wymogu załączenia tego dokumentu, o czym poinformował wykonawców: w tym miejscu przystępujący wkleił treść wyjaśnienia treści SWZ.

Zatem powyższa odpowiedź zamawiającego tak samo dotyczy złożonych certyfikatów jak i złożonych raportów z testów. KOMAX 9 Sp. z o.o. dowiodła, w postaci przedłożonych razem z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, że raporty z testów są zgodne z wymaganiami norm ISO/ISO 19752, ISO/ISO 19798.

W uzupełnieniu wskazał na rekomendacje UZP „Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – Udzielanie zamówień publicznych w zakresie urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych, urządzeń mobilnych oraz systemów digital signage”.

W tym dokumencie Prezes UZP, zawarł wytyczne co do udzielania zamówień publicznych w zakresie urządzeń drukujących, gdzie odnosi się również do wymagań jakie powinny być stawiane w zakresie materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.

UZP rekomenduje żądanie potwierdzenia dla materiałów eksploatacyjnych w postaci norm ISO /IEC bez wskazywania na daty aktualizacji tych norm - załącznik str. 16 – tu przystępujący wkleił fragment treści rekomendacji.

Powyższe wynika z faktu, że procedury testowania wg norm ISO 19752, 19798, 24711 nie ulegają zmianie. Proces testowania jest cały czas taki sam, zmianie ulegają poszczególne zapisy słowne, literowe. Takie korekty słowne robione są przez organizację ISO co ok. 5 lat.

Zarzut jest całkowicie blankietowy i poza przywołaniem orzecznictwa Izby można jedynie domyślać się o jakie dokumenty zastrzeżone chodzi.

„2.28 Zarzut ten dotyczy wszystkich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych przez KOMAX, gdyż są one w zasadzie tożsame.

Odwołujący stwierdza, że z powodu złożenia poza uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy tylko jednego dowodu - na marginesie kluczowego z punktu widzenia oceny skuteczności zastrzeżenia poza wyjaśnieniami i uzasadnieniem tajemnicy, zastrzeżenie miało być nieskuteczne – w tym miejscu przystępujący wkleił pkt. 2.23 odwołania.

W odniesieniu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez przystępującego w postępowaniu – dokument jest rzeczowy, skonkretyzowany i odnoszący się do zastrzeganych informacji.

Co do dowodu załączonego do uzasadnienia zastrzeżenia odwołujący nie pokusił się nawet na odniesienie do jego treści, a istotą zarzutu ma być fakt nie złożenia większej niż jeden ilości dowodów, co samo w sobie potwierdza pozorność i całkowitą bezzasadność zarzutu.

W przeciwieństwie do uzasadnienia tajemnicy przystępującego - to odwołanie zawiera głoślowe i lakoniczne twierdzenia i pomimo dostępności i jawności uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa całkowicie pomija ich treść.

W dniu 18 marca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

I. odrzucenie odwołania w całości jako niezasadnego na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy („odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2”) oraz osobno odrzucenie odwołania w części w zakresie czynności zaniechania odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę KOMAX9 Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy („odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie,

II. dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odpowiedzi zamawiającego na

odwołanie, wskazanych dla potwierdzenia faktów z których zamawiający wywodzi skutki prawne, tj. następujących dowodów w postaci:

1.Zarządzenia Nr 25/2012;

2.E-maila pełnomocnika odwołującego z dnia 04 marca 2024 r.;

3.wiadomości z dnia 04 marca 2024 r. z Platformy e-Zamówienia;

-wszystkich z pkt 1-3 powyżej - na okoliczność obalenia przez zamawiającego domniemania wynikającego z art. 514 ust. 3 ustawy oraz na okoliczność tego że odwołanie wpłynęło do zamawiającego w dniu 04 marca 2024 r. o godz. 23:10, tj. w sytuacji zaistnienia takiej okoliczności, która uniemożliwiała zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania" (cytat za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 listopada 2021 r, KIO 3026/21);

4.wniosku odwołującego o udostępnienie ofert z dnia 29 stycznia 2024 r.;

5.wniosku odwołującego o udostępnienie formularzy cenowych z dnia 29 stycznia 2024 r.;

6.pisma zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 r.;

7.pisma zamawiającego z dnia 31 stycznia 2024 r.;

8.wniosku odwołującego o udostępnienie jawnej części ofert z dnia 31 stycznia 2024 r.;

9.pisma zamawiającego z dnia 02 lutego 2024 r.;

10.pisma odwołującego z dnia 02 lutego 2024 r.

-wszystkich z pkt 5 - 10 powyżej - na okoliczność daty powzięcia przez odwołującego wiedzy o objęciu części oferty Wykonawcy KOMAX9 Sp. z o.o. tajemnicą przedsiębiorcy oraz na okoliczność niezachowania przez odwołującego terminu wynikającego z treści art. 515 ust 1 pkt 1 ustawy do wniesienia odwołania w zakresie czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę KOMAX9 Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa;

alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia zarzutu opisanego w pkt I powyżej

III. oddalenie odwołania w całości jako niezasadne;

IV. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie określonej na fakturze VAT Nr złożonej na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołującego, co skutkuje tym, że wniesienie odpowiedzi zamawiającego na odwołanie stało się konieczne i uzasadnione.

II.Ocena odwołania

W zakresie podstaw odrzucenia odwołania

- argumenty za odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 pkt 6 ustawy

W ramach wstępnych czynności zamawiający wskazuje, że odwołanie zostało wniesione z przekroczeniem warunku, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy w zw. z art. 514 ust. 3 ustawy. Wskazać należy, że odwołanie wpłynęło do zamawiającego w dniu 04 marca 2024 r. o godz. 23:10, tj. w sytuacji gdy zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiała zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania" (cytat za Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 listopada 2021 r., KIO 3026/21). Powodem powyższego jest objęcie zamawiającego Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi - Południe w Warszawie treścią Zarządzenia Nr 25/2012 Prezesa Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe z dnia 02 lipca 2012 r. w sprawie elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy z którego wynika, że u zamawiającego „obowiązujące godziny pracy to: poniedziałek — piątek 8.00 do 16.00". Skutkiem powyższego jest brak „potencjalnej możliwości zapoznania się z treścią odwołania" w dniu 04 marca 2024 r. o godz. 23:10. Z tego też względu zamawiający zapoznał się z odwołaniem dopiero w pierwszym możliwym dniu fizycznego dostępu do sądowej sieci teleinformatycznej, tj. w dniu 05 marca 2024 r. Niezależnie od powyższego zamawiający podniósł że odwołujący przekazał odwołanie dopiero w ostatnim dniu terminu - w dodatku o godzinie 23:10 - zostawiając zamawiającemu nawet mniej niż godzinny czas na pobranie odwołania, a następnie zapoznanie się z jego treścią. Powyższe zaś dowodzi wyłącznie tego, że po stronie zamawiającego nie istniała nawet potencjalna możliwość zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego złożenia. Przegląd powyższych reguł dowodzi, że zamawiający obalił domniemanie art. 514 ust. 3 ustawy, a tym samym wykazał istnienie podstaw do odrzucenia odwołania w trybie art. 528 pkt 6 ustawy.

- argumenty za częściowym odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 pkt 2 ustawy

Zamawiający wskazał, że wykonawca zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie złożonych w postępowaniu ofert jeszcze przed terminem ich otwarcia. W dniu 29 stycznia 2024 r. wnioskował bowiem zarówno o udostępnienie ofert złożonych przez konkurencję, jak i udostępnienie przedłożonych Formularzy cenowych. Wskazany wniosek został zrealizowany przez zamawiającego co do Formularzy cenowych w dniu 30 stycznia 2024 roku, natomiast co do złożonych ofert w dniu 31 stycznia 2024 r. Mając na uwadze powyższe wykonawca już w dacie 31 stycznia 2024 r. powziął wiedzę o tym, że oferta KOMAX9 Sp. z o.o. została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, której zamawiający nie udostępnił. Powyższe potwierdza chociażby korespondencja odwołującego z dnia 02 lutego 2024 r. w której odwołujący

wskazuje, że dokument ustanawiający tajemnicę przedsiębiorstwa nie może stanowić tejże tajemnicy. Proszę o jego udostępnienie. Do czasu zatem złożonego odwołania odwołujący nie kierował wobec zamawiającego dalszych wniosków w tym zakresie, w szczególności ponownego wniosku o ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Za wskazany wniosek nie można w szczególności uznać korespondencji kierowanej do zamawiającego w dniu 26 lutego 2024 r. zawierającej wyłącznie jako załącznik informację o odtajnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa KOMAX9 Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego. Zamawiający podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie podkreśla, że w podobnych przypadkach termin na wniesienie ewentualnego odwołania należy liczyć od dnia otrzymania informacji od zamawiającego, z której wynika, że tajemnica przedsiębiorstwa nie zostanie udostępniona (tak wyrok KIO z dnia 8 marca 2018 r., sygn. akt KIO 256/18). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że informację o nieudostępnieniu przez zamawiającego części oferty KOMAX9 Sp. z o.o. zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujący powziął już w dacie 31 stycznia 2024 roku, a co za tym idzie uchybił we wskazanym zakresie terminowi do wniesienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W niniejszym przypadku taką czynnością (zaniechaniem) zamawiającego może być nieujawnienie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, co miało miejsce w dniu 31 stycznia 2024 r. W rezultacie termin do wniesienia odwołania w zakresie wskazanej czynności zamawiającego upłynął bezskutecznie w dniu 12 lutego 2024 r.

- w zakresie podstaw oddalenia odwołania

Zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy zamawiający jest również zobowiązany wskazywać „dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne”. Z tego względu w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie wykazany zostanie sposób przeprowadzenia przez zamawiającego analizy formalnej oferty KOMAX9 Sp. z o.o., zwanej dalej również jako „Komax” lub „przystępujący”, co pozwoli zainteresowanym poznać wszystkie motywy podjętych w postępowaniu decyzji zamawiającego.

Postępowanie nr ZP-Pd/G/6/2023 dotyczy zamówienia na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych, którego opisem przedmiotu zamówienia jest Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) wraz załącznikami. Z tego względu na zamawiającym ciąży w pierwszej kolejności sprawdzenie, czy oferta odpowiada wszystkim wymogom w zakresie jej zgodności z ustawą i SWZ. Zamawiający wskazał, że zamawiający celem wykazania zgodności oferowanych dostaw odpowiedników rynkowych (równoważnych materiałów eksploatacyjnych) żądał przedstawienia stosownych przedmiotowych środków dowodowych. Według Rozdziału V ust. 1.23 SWZ zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawców m.in. „raportów z testów wydajności potwierdzające wydajność materiałów równoważnych wydane przez jednostkę oceniającą zgodność. Zamawiający wymagał, aby raport przedstawiał pełne badanie wydajności. Każdy zaoferowany materiał równoważny powinien posiadać ww. badania - zamawiający nie wyraził zgody na przedstawienie zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów (tonerów). Raporty z testów ISO/IEC spełniające wymagania zamawiającego muszą być wystawione przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada stosowną akredytację Polskiego Centrum Akredytacji znajdującego się w Warszawie lub przez inne jednostki równoważne oceniające zgodność, potwierdzające, że wydajność nie jest mniejsza niż dla produktów zalecanych przez producenta. Raporty z testów wydajności muszą posiadać wymaganą akredytację mierzoną zgodnie z normą:

- ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych,
- ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,
- ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,
- ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych. ”

W toku prowadzonego postępowania przystępujący złożył stosowne raporty z testów, jednakże zdaniem odwołującego część z nich została oparta nie na normie wskazanej wprost przez zamawiającego w SWZ, a na normie ją poprzedzającej tj. na normie ISO/IEC 19752:2004. Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 101 ust. 1 ustawy jest uprawniony od opisu przedmiotu zamówienia z odniesieniem do konkretnych norm, jednakże wówczas jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 101 ust. 4 ustawy). Mając na uwadze powyższe, w treści Rozdziału III ust. 6.1. SWZ zamawiający wskazał że wymaga „raportów z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:2021 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych”. W świetle powyższego sarr zamawiający zobowiązał się do uznania raportu z testów przeprowadzonego nie tylko na normie ISO/IEC 19752:2017, ale również na normie jej równoważnej. Przedłożenie zatem raportów z testów przeprowadzonych w oparciu o normę ISO/IEC 19752:2004 nie oznacza wcale - wbrew twierdzeniom odwołującego - że oferta Komax jest niezgodna z SWZ. W polskim systemie obowiązuje bowiem system normalizacji dobrowolnej. Zastąpienie jednej normy nową normą techniczną wynika wyłącznie z faktu, że Polski Komitet Normalizacyjny stosuje zasadę - jedna norma o określonym numerze i tytule. Powyższe nie oznacza jednakże, że norma wycofana nie może być stosowaną a w szczególności nie oznacza również że przeprowadzone na jej podstawie badania utraciły moc prawną. Status norm wycofanych pozostaje

bowiem aktualny w procedurach oceny zgodności określonych w odpowiednich przepisach, również w sytuacji wprowadzenia norm nowych, czego przykładem jest niniejsza sprawa. W rezultacie Raporty z badań przeprowadzonych przez przystępującego zostały wykonane w okresie obowiązywania normy uprzedniej z 2004 roku, zaś TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. potwierdziła zgodność tych norm i ich równoważność z normami wdrożonymi w roku 2017, co łącznie wskazuje że przedstawione raporty z badań są nadal aktualne i równoważne. Ponadto według najlepszej wiedzy zamawiającego dokonywane we wskazanych normach aktualizacje z roku 2017 nie zmieniały żadnych wytycznych zawartych w normach z 2004 roku dotyczących sposobów testowania i miały charakter wyłącznie porządkująco - redakcyjny. Tym samym różnice w przedmiotowych normach ISO z 2004 roku i 2017 roku sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian redakcyjnych, a wskazane normy mają charakter równoważny. Zgodnie natomiast z art. 101 ust. 5 ustawy zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, przy czym wykonawca musi udowodnić w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że proponowane przez niego rozwiązanie w równym stopniu spełnia wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe oraz przedłożone przez Komax przedmiotowe środki dowodowe zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia wskazanej oferty. Niezależnie od powyższego podnieść należy, że to na odwołującym ciąży ciężar wykazania że norma ISO/IEC 19752:2004 różni się od normy ISO/IEC 19752:2017 na płaszczyźnie merytorycznej w taki sposób, że nie można uznać jej za normę „równoważną”. Tymczasem odwołujący poza wskazaniem, że zamawiający wymagał badań przeprowadzonych w oparciu o normę ISO/IEC 19752:2017 nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej w tym zakresie. Ustalenie zaś treści norm ISO/IEC wskazanych w SWZ przez zamawiającego nie jest faktem powszechnie znanym, ani także nie należy do okoliczności znanych tut. Izbie z urzędu, stąd brak inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego powinien skutkować oddaleniem odwołania. Zgodnie bowiem z orzecznictwem brak wykazania przez odwołującego, że obie normy swą merytoryczną treścią różnią się od siebie w sposób niepozwalający uznać je za równoważne (w szczególności nie przedstawienie i nie powoływanie się na brzmienie konkretnych postanowień norm), skutkuje brakiem podstaw do stwierdzenia niezgodności przedłożonego raportu z treścią SWZ (tak wyrok KIO z dnia 17 marca 2021 r., sygn. akt KIO 510/21).

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołującego dotyczącego nieuprawnionego wezwania przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego podnieść należy, że zgodnie z Rozdziałem III ust. 3 SWZ zamawiający dopuszczał możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne będą fabrycznie nowe, będą posiadały parametry i właściwości oraz spełniały normy i standardy jakościowe jak produkt określony przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ. Jednocześnie zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje produkt równoważny (na potwierdzenie, że oferowane artykuły równoważne posiadają takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe), wykonawca będzie musiał wykazać, że oferowane materiały eksploatacyjne spełniają wymogi zamawiającego, przykładowo załączyć wraz ze składaną ofertą raporty z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:202 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych (Rozdział III ust. 6 SWZ). Mając na uwadze powyższe zapisy SW zobowiązywały wykonawców biorących udział w postępowaniu w przypadku zaoferowania przez nich produktu równoważnego do potwierdzenia, że posiada on parametry i właściwości nie gorsze niż produkt oryginalny. W tej sytuacji niezasadne są twierdzenia odwołującego, że w przypadku zaoferowania produktu równoważnego zamawiający każdorazowo wymagał przedłożenia wyłącznie przedmiotowego środka dowodowego. Zgodnie bowiem z treścią SWZ zamawiający wymagał wyłącznie trzech rodzajów przedmiotowych środków dowodowych: certyfikatu potwierdzającego, że oferowany asortyment będzie wytwarzany w systemie zarządzania jakością zgodnym z ISO 9001:2008 oraz ISO 14001:2004 lub normami równoważnymi (Rozdział V pkt. 1.1. SWZ), certyfikatu zgodności z normami: ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego, ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych (Rozdział V pkt. 1.2. SWZ) oraz raportu z testów wydajności mierzonego zgodnie z normą: ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego oraz ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych (Rozdział V pkt. 1.3 SWZ). A contrario zamawiający nie wymagał w świetle treści SWZ przedłożenia przedmiotowego środka dowodowego w stosunku do zaoferowanych zamienników innych produktów niż toner. W szczególności że okolicznością bezsporną jest produkt w postaci bębna światłoczułego nie podlega testowaniu zgodnie z normą, co wyklucza możliwość przedstawienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu raportu z testu w stosunku do wskazanego produktu. Niezależnie od powyższego zamawiający podał, że przystępujący w wystarczający sposób oznaczył model i typ oferowanych zamienników, wskazując wprost w Formularzu cenowym, że oferuje bęben Action /Activejet DRO-B431N, co pozwalało zamawiającemu na zidentyfikowanie

wskazanego bębna oraz ustalenie czy spełnia on wymagane parametry. Niezależnie od powyższego zamawiający zdecydował się również wezwać Komax do wykazania, że zaoferowany produkt posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż określone przez zamawiającego w Załączniku nr 1 SWZ. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecnictwem zamawiający każdorazowo „może żądać złożenia, w ramach wyjaśnień, dokumentów będących w granicach możliwości wykonawcy i potwierdzających równoważność oferowanych materiałów” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 436/09). Mając na uwadze powyższe uzupełnienie dokumentów mieściło się w niniejszej sprawie w granicach złożonej oferty i służyło wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści. Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego zastosowanie przy wskazanym Wezwaniu art. 128 ustawy nie stanowiło działania sprzecznego z ustawą, a tym bardziej nie pozbawia go ważności. W orzecnictwie przeważa bowiem pogląd, że ewentualnie błędnie podana podstawa prawna w wezwaniu jest bez znaczenia, gdyż kluczowe znaczenie ma treść samego Wezwania do której wykonawca ma obowiązek się zastosować (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1611/17). Tymczasem zgodnie ze sformułowanym wezwaniem z dnia 09 lutego 2024 r. Wykonawca KOMAX9 Sp. z o.o. został zobowiązany do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie, że oferowany artykuł równoważny do „bębna drukującego do drukarki laserowej OKI B432dn, kolor czarny ” (pozycja 50 Formularza asortymentowo- ilościowo-cenowego) posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż wskazane przez zamawiającego w SWZ, tj. że posiada wydajność 25000 stron A4 przy 5% zaczernieniu powierzchni i spełnia wymogi zamawiającego. Takiemu wezwaniu wykonawca zadośćuczynił, co wyklucza unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez KOMAX9 Sp. z o.o. w tym postępowaniu.

W zakresie nieujawnienia przez zamawiającego informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający podniósł, że sam fakt, że w ocenie odwołującego wyjaśnienia przystępującego co do zastrzeżenia informacji są zbyt lakoniczne i nieoparte dowodami nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku ich ujawnienia. To zamawiający jest zobowiązany do badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie otrzymanego uzasadnienia zastrzeżenia. Wykonawca może bowiem wykazać za pomocą dowolnych środków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc spełniają przesłanki określone w art. 11 ZNKU (art. 18 ust. 3 ustawy) (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. dr hab. Małgorzata Sieradzka). Zgodnie natomiast z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 26/21). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy podnieść należy, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące przedmiotowe środki dowodowe dotyczące zaoferowanych rozwiązań równoważnych. Tymczasem "informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, natomiast informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania" (tak wyrok WSA w Warszawie z 15 marca 2012 r., sygn. akt II SA/Wa 128/12). Natomiast jak wskazuje przystępujący przez poznanie sposobów prowadzenia badań i raportowania inny wykonawca potrafiłby skopiować i powielić schematy, które wypracował Action S.A. we współpracy z akredytowanym laboratorium TUV Rhailand w zakresie procedur testowania, przeprowadzania i zawartości raportów w zgodności z właściwymi normami". W rezultacie powyższego zastrzeżone przez Komax informacje biorąc pod uwagę ich charakter stanowią informacje mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto z uwagi na konieczność poniesienia przez producenta urządzeń środków finansowych na uzyskanie przedmiotowych raportów uznać należy, że wskazane informacje posiadają wartość gospodarczą. Zgodnie bowiem z orzecnictwem o wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2023 r. KIO 499/23). Niezależnie od powyższego „wskazanie „wartości gospodarczej ” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1795/22). Mając na uwadze powyższe podnieść należy, że dostęp do wskazanych informacji mógłby prowadzić do zredukowania kosztów prowadzenia samodzielnych badań przez podmioty konkurencyjne. Niezależnie od powyższego przystępujący wykazał również, że podjęto szeroko rozumiane działania mające na celu zachowanie wskazanych informacji w tajemnicy. Trafnie podkreśla Sąd Najwyższy, że "informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona

tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych musi być rozpoznawalna". (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00). Ponadto w doktrynie wskazuje się, że w celu ochrony tajemnicy „wobec innych osób niż pracownicy (np. kontrahentów i osób trzecich) uprawniony powinien posługiwać się wszelkimi rozsądnymi w danych okolicznościach środkami ochrony, np. wprowadzając do umów klauzule poufności, oznaczając wszelkie materialne nośniki poufnych informacji odpowiednimi ostrzeżeniami, stosując odpowiednie zastrzeżenia w komunikacji itp. ” (tak Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja). Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy wskazać należy, że przystępujący wykazał, że został zobowiązany przez właściciela informacji do ich nieujawniania w drodze umowy o zachowaniu poufności, co wyłącznie potwierdza skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że przystępujący wraz z przekazaniem wskazanych informacji, skutecznie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zaś w świetle treści art. 18 ust. 3 ustawy zobowiązywało zamawiającego do ich nieujawniania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, wyjaśnień SWZ z 12 i 22 stycznia 2024 r., oferty uczestnika, wezwania z dnia skierowanego do uczestnika, udzielonej odpowiedzi, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z SWZ wynikają następujące postanowienia dotyczące przedmiotowych środków dowodowych:

Rozdział III: Opis przedmiotu zamówienia

3. Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne będą fabrycznie nowe, będą posiadały parametry i właściwości oraz spełniały normy i standardy jakościowe jak produkt określony przez zamawiającego w Załączniku nr I do SWZ. Produkty równoważne muszą być kompatybilne z urządzeniami, do których mają być stosowane, zapewniać ich właściwą eksploatację, bezawaryjność i żywotność na poziomie nie gorszym od tego, jaki zapewniają materiały eksploatacyjne zalecane przez producenta urządzenia, a także nie mogą pogorszyć jakości parametrów pracy urządzeń (jakość wydruku, wydajność, szybkość schnięcia, itp.). Oferowany materiał równoważny powinien w pełni współpracować z programem nadzorującym pracę urządzenia m.in. monitorującym zasób wkładu, o ile funkcję tą posiada materiał eksploatacyjny polecany przez producenta urządzenia. W przypadku gdy materiał eksploatacyjny określony przez zamawiającego pasuje do więcej niż jednej maszyny, zaproponowany produkt równoważny przez Wykonawcę również musi być kompatybilny z innymi maszynami.

4. Materiały eksploatacyjne powinny być wytwarzane seryjnie w procesie produkcyjnym zgodnie z normą ISO 9001 lub równoważną oraz normą środowiskową ISO 14001 lub równoważną.

5. Wskazane w Załączniku nr I do SWZ materiały eksploatacyjne powinny posiadać wydajność ustaloną według norm badania wydajności odpowiednio ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 i ISO/IEC 24711 (w powiązaniu z normą ISO/IEC 24712) lub równoważnych. W przypadku wątpliwości na Wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia powyższych warunków.

6. W sytuacji, gdy Wykonawca zaoferuje produkt równoważny, na potwierdzenie, że oferowane artykuły równoważne posiadają takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe, będzie musiał wykazać, że oferowane materiały eksploatacyjne spełniają wymogi zamawiającego, przykładowo załączyć wraz ze składaną ofertą nw. dokumenty:

6.1. raporty z testów wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:2021 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych, przy czym raporty z testów muszą być dołączone oddzielnie do każdego artykułu. Powyższe raporty z testów muszą być wystawione przez zewnętrzną firmę, która posiada certyfikat akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji aktualny na dzień składania ofert (tzn. jest uprawniona do kontroli jakości według w/w norm i do wystawiania tego typu dokumentów).

7. Zaoferowane produkty równoważne nie mogą naruszać patentów i znaków towarowych producentów sprzętu drukującego (legalny zamiennik).

Rozdział V: Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania zgodności oferowanych dostaw odpowiedników rynkowych (równoważnych materiałów eksploatacyjnych) zgodnie z wymaganiami opisie przedmiotu zamówienia, które obejmują stosowne certyfikaty i raporty z testów wydajności wydane przez jednostkę niezależną od producenta tj. Polskie Centrum Akredytacji lub inną równoważną jednostkę oceniającą zgodność. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w zakresie materiałów eksploatacyjnych ujętych w załączniku nr I do SWZ w postaci :

1.1. Certyfikat potwierdzający, że oferowany asortyment będzie wytwarzany w systemie zarządzania jakością zgodnym z ISO 9001 :2008 oraz ISO 14001:2004 lub normami równoważnymi. Wykonawca musi złożyć aktualny ważny certyfikat

dla każdego oferowanego równoważnego materiału eksploatacyjnego lub też certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 wystawiony na całą produkcję materiałów eksploatacyjnych danego producenta równoważnych materiałów do materiałów eksploatacyjnych ujętych w załączniku nr I do swz

Brak aktualnego certyfikatu dla któregośkolwiek z oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych lub na produkcję materiałów lub odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego o którym mowa w ust. 2 poniżej stanowić będzie podstawę do odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

1.2.Certyfikat zgodności z normami:

1.2.1.ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych,

1.2.2.ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,

1.2.3.ISO/IEC 24711 :2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,

1.2.4.ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych, wystawionego przez jednostkę oceniającą zgodność, posiadającą akredytację do certyfikacji wyrobów nadana przez Polskie Centrum Akredytacji — zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie statusu jednostki oceniającej zgodność Zamawiający żąda złożenia ISO 17065:2013.

1.3.Raporty z testów wydajności potwierdzające wydajność materiałów równoważnych wydane przez jednostkę oceniającą zgodność. Zamawiający wymaga, aby raport przedstawiał pełne badanie wydajności. Każdy zaoferowany materiał równoważny powinien posiadać ww. badania - Zamawiający nie wyraża zgody na przedstawienie zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów (tonerów). Raporty z testów ISO/IEC spełniające wymagania zamawiającego muszą być wystawione przez jednostkę niezależną od producenta, która posiada stosowną akredytację Polskiego Centrum Akredytacji znajdującego się w Warszawie lub przez inne jednostki równoważne oceniające zgodność, potwierdzające, że wydajność nie jest mniejsza niż dla produktów zalecanych przez producenta.

Raporty z testów wydajności muszą posiadać wymaganą akredytację mierzoną zgodnie z normą:

ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych,

ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,

ISO/IEC 24711 :2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,

ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych.

Testy muszą być wykonane dla każdego oferowanego materiału oddzielnie i określać wydajności badanego materiału. Wyniki muszą być opracowane przez niezależną jednostkę badawczą uprawnioną do kontroli jakości i wydajności lub przez producenta urządzeń drukujących, w których mają być stosowane. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający wymaga, aby jednostki oceniające zgodność posiadały stosowną akredytację.

Na potwierdzenie statusu jednostki oceniającej zgodność Zamawiający żąda złożenia ISO 17025:2018.

Akredytacja oznacza bowiem poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz —w stosownych przypadkach— wszelkie dodatkowe wymagania. Z treści przywołanego rozporządzenia oraz Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający wymaga, aby jednostki oceniające zgodność posiadały stosowną akredytację. Akredytacja oznacza bowiem poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz —w stosownych przypadkach— wszelkie dodatkowe wymagania. Z treści przywołanego rozporządzenia oraz ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2023 r. poz. 215) wynika, że państwo członkowskie posiada jedną krajową jednostkę akredytującą, tj. udzielającą akredytacji na wniosek jednostek oceniających zgodność, a na mocy art. 38 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności taką jednostką jest Polskie Centrum Akredytacji. Na mocy przywołanego rozporządzenia jednostki akredytujące państw członkowskich UE są zobowiązane do współpracy międzynarodowej w zakresie akredytacji oraz wzajemnego uznawania stosownych dokumentów potwierdzających akredytację.

Brak raportu dla któregośkolwiek z oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych lub na produkcję materiałów lub odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego o którym mowa w ust. 2 poniżej stanowić będzie podstawę do odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

3.Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe o których mowa powyżej nie podlegają uzupełnieniu

zgodnie z art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

4.Brak stosownego certyfikatu i raportu z testów dla zaoferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych lub innego odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego o którym mowa w ust. 2 będzie stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

5.Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Wyjaśnienia SWZ z dnia 12 stycznia 2024 r.

Pismo wykonawcy z dnia 10.01.2024

Pytanie nr 1

Zamawiający w dla produktów równoważnych w celu potwierdzenia zgodności wymaga między innymi

1.2. Certyfikat zgodności z normami:

1.2.10 ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych,

1.2.2. ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych,

1.2.3. ISO/IEC 24711 :2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego,

1.2.4. ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych, wystawionego przez jednostkę oceniającą zgodność. posiadającego akredytację do certyfikacji wyrobów nadana przez Polskie Centrum Akredytacji — zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie statusu jednostki oceniającej zgodność Zamawiający żąda złożenia certyfikatu ISO 17065:2013.

Zamawiający zgodnie z art. 16 ustawy PZP jest zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i stworzenia warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach, a żądanie przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów wskazanych w pkt. 1.2 dopuszcza jedynie Certyfikat, którego wystawcą jest tylko i wyłącznie TUV Rheinland Polska, ogranicza to krąg potencjalnych Wykonawców. Funkcją przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu jest potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania (art. 106 ust. 1 Pzp). Żądając przedmiotowych środków dowodowych zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności (art. 106 ust. 2 Pzp). Zgodnie z uchwałą KIO z 28 czerwca 2018r o sygn.. KIO/KU 27/18 proporcjonalny oznacza tyle co zachowujący właściwą proporcję. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzenie nadmiernych wymagań. Warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych w postaci Certyfikatu TUV Rheinland, jak wskazuje art. 106 ust. 3 ustawy pzp nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy posiadają przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wykonanych w innych laboratoriach badawczych posiadających akredytację w zakresie badania wydajności produktów w oparciu o normy ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 ISO/IEC24711. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2184/13 uznała, że aby nie utrudniać uczciwej konkurencji opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sformułowany aby przy określonych realiach rynkowych, prawnych i gospodarczych nie dochodziło do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta czy też dystrybutora. Ponadto zwracamy uwagę zamawiającemu, że Certyfikat, który jest wymagany dotyczy nawet 800 produktów równoważnych, z których poddanym badaniom wydajności zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 jest może około 20 sztuk (ze względu na wysokie koszty przeprowadzenia takich testów). Dokument ten nie jest dokumentem niezbędnym do potwierdzenia zgodności oferowanych produktów równoważnych z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji wydajności materiałów eksploatacyjnych. Zawarte na Certyfikacie produkty nie zostały poddane rygorystycznym procedurom norm ISO/IEC. Zgodnie z wymaganiami powyższych norm ISO/IEC tylko raport z przeprowadzonych testów zawierający szczegółowe informacje o sposobie przeprowadzenia badań na poszczególnym produkcie może być wiarygodnym dokumentem potwierdzającym równoważność, w szczególności wydajność. Jako doświadczony Wykonawca, działający na rynku od wielu lat, informujemy że głównym parametrem technicznym w odniesieniu do oryginalnych materiałów eksploatacyjnych jest wydajność każdego oferowanego materiału eksploatacyjnego. Przedmiotowe środki dowodowe wymagane w przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych mają na celu udowodnienie równoważności w stosunku do materiałów oryginalnych. Jeżeli Zamawiający oczekuje dokumentów potwierdzających wydajność to właściwymi są jedynie szczegółowe raporty z testów przeprowadzonych zgodnie z normami ISO/IEC 19752 (dotyczy monochromatycznych tonerów do drukarek laserowych), ISO/IEC 19798 (dotyczy kolorowych tonerów do drukarek laserowych), ISO/IEC 24711 (dotyczy monochromatycznych tuszy do drukarek atramentowych) oraz ISO/IEC 24712 (dotyczy kolorowych stron testowych) wystawione przez niezależne laboratorium badawcze posiadające akredytację udzieloną przez Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie badania wydajności materiałów eksploatacyjnych. Nawet uzasadnione potrzeby zamawiającego

nie mogą usprawiedliwić ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę wymogu załączenia przedmiotowego środka dowodowego poprzez załączenie do oferty tylko i wyłącznie raportów z testów wydajności według aktualnie obowiązującej normy ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711:2021, ISO/IEC 24712:2021 przeprowadzonych przez niezależne laboratorium badawcze posiadające akredytację oraz w celu potwierdzenia kompatybilności specyfikacje techniczne wystawione przez producenta zaoferowanych produktów równoważnych. Dodatkowo nadmieniamy, że na przestrzeni lat standardy produkcji oryginalnych materiałów ulegają zmianom technologicznym, pod wpływem których może także zmienić się wydajność tonerów czy też tuszy. Raporty z testów wydajności przeprowadzone według najnowszej, obowiązującej normy ISO/IEC pozwolą otrzymać zamawiającemu najlepszej jakości produkt

Odpowiedź zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w powyższym zakresie i nie odstępuje od wymogu przedstawienia wymaganych certyfikatów. Zamawiający podkreśla, że wymogi SWZ mają zapewnić najlepszą jakość dostaw, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Ponadto wskazane certyfikaty są wymagane wyłącznie przy oferowaniu równoważnych materiałów eksploatacyjnych. Zgodnie natomiast z Rozdziałem V ust. 2. SWZ „Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 powyżej, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy oraz kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.” Mając na uwadze powyższe Zamawiający dopuszcza nie tylko certyfikaty wystawione przez jednostkę niezależną od producenta posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji czy innej jednostki równoważnej oceniającej zgodność, ale również inne przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania zamawiającego w sytuacji gdy Wykonawca nie ma dostępu do stosownych certyfikatów.

Wyjaśnienia SWZ z dnia 22 stycznia 2024 r.

Pismo wykonawcy z dnia 15.01.2024

Pytanie nr 1

Zamawiający w przypadku zaoferowania produktów równoważnych wymaga przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

1. Certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001

2. Certyfikatu zgodności z normami ISO/IEC 1952:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 2471:2021, ISO/IEC 24712:2013 wystawionego przez jednostkę oceniającą zgodność posiadającą akredytację do certyfikacji wyrobów nadaną przez Polskie Centrum Akredytacji. Na potwierdzenie statusu jednostki oceniającej zgodność Zamawiający żąda złożenia certyfikatu ISO 17065:2013.

3. Raporty z testów wydajności zgodnie z w/w normami ISO/IEC wystawione przez podmiot posiadający akredytację.

Jednocześnie na wniosek w sprawie odstąpienia od Certyfikatu zgodności z normami ISO/IEC 1952:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 2471:2021, ISO/IEC 24712:2013 „stawionego przez jednostkę oceniającą zgodność posiadającą akredytację do certyfikacji wyrobów nadaną przez Polskie Centrum Akredytacji Zamawiający odpowiedział w dniu 12.01.2024 roku podtrzymując zapisy SWZ i nie odstępując od powyższego Certyfikatu.

Informujemy zamawiającego, że brak odstąpienia od wymogu załączenia Certyfikatu zgodności z normami ISO/IEC narusza przede wszystkim art. 16 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający jest zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i stworzenia warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych w postaci Certyfikatów zgodności z normami ISO/IEC 1952:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 2471:2021 wykonanych przez jednostkę oceniającą zgodność krąg potencjalnych Wykonawców, ponieważ wystawcą tych dokumentów jest tylko i wyłącznie TUV Rheinland Polska. Przedmiotowe środki dowodowe posiadają tylko trzy firmy, w tym m.in. Komax9 oraz Netprint.

Nadmieniamy, że firma TUV Rheinland Polska odmawia wystawienia Certyfikatu innym producentom, którzy posiadają produkty równoważne, których badanie wydajności zostało przeprowadzone w innych akredytowanych laboratoriach. Honorują tylko swoje własne laboratoria (pkt. 4.3.2 PCBWT Program Certyfikacji na znak Zgodności Test).

Funkcją przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu jest potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania (art. 106 ust. 1 Pzp). Żądając przedmiotowych środków dowodowych zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności (art. 106 ust. 2 Pzp). Zgodnie z uchwałą KIO z 28 czerwca 2018r o sygn.. KIO/KU 27/18 proporcjonalny oznacza tyle co zachowujący właściwą proporcję. Miarą owej

właściwej proporcji jest zachowanie równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzenie nadmiernych wymagań. Warunek proporcjonalny to warunek, który nic jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Żądanie przedmiotowych środków dowodowych w postaci Certyfikatów TUV Rheinland, jak wskazuje art. 106 ust. 3 ustawy pzp nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy posiadają przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportów z testów wykonanych w innych laboratoriach badawczych posiadających akredytację w zakresie badania wydajności produktów w oparciu o normy ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 ISO/IEC 24711, które aby utrzymać akredytację rokrocznie kontrolowane są przez Polskie Centrum Akredytacji.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2184/13 uznała, że aby nie utrudniać uczciwej konkurencji opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sformułowany aby przy określonych realiach rynkowych, prawnych i gospodarczych nie dochodziło do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta czy też dystrybutora.

Ponadto zwracamy uwagę zamawiającemu, że Certyfikat TUV Rheinland Polska, którym legitymuje się Netprint czy Komax9 nie potwierdza zgodności wszystkich oferowanych produktów równoważnych z opisem przedmiotu zamówienia i nie może stanowić podstawy weryfikacji wydajności materiałów eksploatacyjnych. Nie wszystkie zawarte na Certyfikacie produkty zostały poddane rygorystycznym procedurom norm ISO/IEC (zgodnie z informacją podaną przez TUV Rheinland Polska tylko część produktów wymienionych w certyfikacie podlegała własnemu testowaniu - stron 2 Procesu certyfikacji TUV). Ponadto istnieją rozbieżności w wydajnościach polegające na tym, że na Certyfikacie produkty posiadają mniejszą wydajność niż na raportach (Certyfikat str. II i załączone raporty). Zamawiający przy takich różnicach nie będzie miał pewności, które wydajności są właściwe, czy te na Certyfikacie, czy te na raportach. W naszej ocenie, w sytuacji, w której produkt został poddany testowaniu, to taki właśnie uzyskany wynik winien być umieszczony na Certyfikacie. W przeciwnym razie można poddać w wątpliwość, czy produkty te przeszły proces certyfikacji zgodnie z Procedurą PC-TUV-I-07-ZI (w załączeniu dokumenty) i są zgodne z normą ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712.

Ponadto wbrew powszechnym twierdzeniom firm Komax9 i Netprint, że powyższy Certyfikat dotyczy kontroli produkcji jest błędne, ponieważ jak wynika z załączonego do wniosku PCWT Programu Certyfikacji na Znak Zgodności TEST napisane jest, że „ warunkiem utrzymania ważności dokumentu jest uzyskanie pozytywnego wyniku z corocznego badania próbek z wolnego rynku oraz przeglądu dokumentacji. Oferowany jest w przypadku, gdy nie ma możliwości przeprowadzenia kontroli Warunków Techniczno- Organizacyjnych. Zazwyczaj stosowany przy certyfikacji importowanych, bądź dystrybuowanych w kraju”.

Przenosząc powyższe na praktykę według dostępnej wiedzy brak jest informacji na temat fabryki producenta Action S.A, czy też Office Support na stronie producentów można znaleźć jedynie, że są oni dystrybutorem zaoferowanych produktów równoważnych. Produkty te sprowadzane są z dalekich krajów Azji a następnie wprowadzane na rynek polski, co oczywiście jest dozwolone, zgodnie definicją producenta zawartą w ustawie o systemie oceny zgodności i nadzoru rynku z dnia 13 kwietnia 2016 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1854). Zgodnie z art. 4 pkt 20 w/w ustawy przez producenta należy rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której wyrób ten zaprojektowano lub utworzono w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem.

Ponadto w przedmiotowych wyjaśnieniach Zamawiający napisał, że akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. I, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskanie w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy oraz pod warunkiem, że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone opisie przedmiotu zamówienia.

Nadmieniamy, że Zamawiający nie dokonuje oceny równoważności certyfikatu czy sprawozdania z badań ale akceptuje pod względem formalnym taki certyfikat/ sprawozdanie. Równoważne w rozumieniu art. 105 ust. 3 ustawy Pzp są jednostki oceniające zgodność, a nie same certyfikaty i sprawozdania z badań, których forma lub treść mogą nieco się od siebie różnić. Równoważne jednostki oceniające zgodność mogą być jednostkami krajowymi lub jednostkami z innych państw członkowskich UE. O niedopuszczalności wskazywania oświadczeń w miejsce wymaganych zaświadczeń wydawanych przez akredytowane podmioty wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 czerwca 2016r (sygn.. akt XXIII Ga 502/16), który stwierdził, że równoważność przedmiotowych środków dowodowych nie powinna być rozpatrywana w kontekście funkcjonalnym ale legalnym. Sąd uznał ponadto za własne stanowisko KIO stwierdzając, że odmienność podmiotu wydającego powyższe dwa dokumenty stanowi przeszkodę do uznania je za dokumenty równoważne. Dokument bowiem równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Nic

sposób przyjąć, że deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do certyfikatu zgodności, w sytuacji gdy dokument ten (deklaracja zgodności) wystawiony jest przez producenta, nic zaś przez niezależną jednostkę zewnętrzną z czym mamy do czynienia w przypadku krajowego certyfikatu zgodności. Przyjęcie równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności oraz krajową deklaracją zgodności niweczyłoby dążenie zamawiającego do obiektywnego potwierdzenia jakości oferowanych produktów. Nic można bowiem przypisać równej wartości, znaczenia dokumentom pochodzącym od dwóch tak odmiennych podmiotów. Przyjęcie odmiennej interpretacji stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym (wyrok KIO z dnia 4 marca 2016r sygn. akt. KIO 248/16).

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę stanowiska zamawiającego z dnia 12.01.2024 roku poprzez rezygnację z certyfikatu zgodności z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność posiadającą stosowną akredytację i pozostawienia tylko i wyłącznie raportów z testów wydajności przeprowadzonych według aktualnych norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711-2021, ISO/IEC 24712-2021, co umożliwi także zamawiającemu uzyskanie dobrej jakości produktów równoważnych bez naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odpowiedź zamawiającego

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w powyższym zakresie i nie odstępuje od wymogu przedstawienia wymaganych certyfikatów.

Zamawiający wskazuje, że „Zamawiający w świetle przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych ma prawo żądać jako przedmiotowych środków dowodowych certyfikatów/sprawozdań jednostki potwierdzającej zgodność w celu wykazania, że urządzenie spełnia określone normy. Zamawiający może odesłać w treści wymagania bezpośrednio do norm. Możliwość opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą norm wynika wprost z art. 101 ust. 1 pkt 2 Prawa Zamówień Publicznych” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1464/22). Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia istotnym z punktu widzenia zamawiającego jest zapewnienie wysokiej jakości produktów eksploatacyjnych do posiadanych urządzeń biurowych, a co za tym idzie wymóg legitymowania się przez wykonawców certyfikatami określonym w SWZ wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność posiadającą stosowną akredytację jest obiektywnie uzasadniony i nie narusza uczciwej konkurencji. W szczególności, że treść art. 105 Pzp wprost wskazuje, że certyfikat musi zostać wydany przez określony podmiot, tj. jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Pod pojęciem takiej jednostki rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 765/2008 z 9.7.2008 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 Nr 218, s. 30). Wskazaną jednostką w Polsce jest Polskie Centrum Akredytacji oraz jednostki przez nie akredytowane. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że dopuszcza w świetle treści Rozdziału V ust. 1 złożenie certyfikatu wydanego przez „jednostkę niezależną od producenta tj. Polskie Centrum Akredytacji lub inną równoważną jednostkę oceniającą zgodność”. Ponadto akceptuje również „odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 powyżej, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy oraz kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia (Rozdział V ust. 2 SWZ).

Wraz z ofertą Komax 9 złożył uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o treści:

Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa

Informujemy, że wszystkie dokumenty oznaczone jako "DOKUMENTY NIEJAWNE" stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 2018r (wchodzącej w życie 04.09.2018r) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 27.08.2018r poz. 1637) oraz dyrektywy 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnica przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. Urz. UE z 2016 r. L 157, s. 1 z dnia 15.06.2016r.).

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.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest nie tylko ujawnienie lub wykorzystanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również samo ich pozyskanie poprzez kopiowanie czy przywłaszczenie dokumentów,

przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści.

Zastrzegamy niejawność załączonych dokumentów, ponieważ mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjnych przedsiębiorstwa oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą. Nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, ponieważ zawierają informację nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Przedmiotowe dokumenty zawierają informacje handlowe, oraz uzgodnienia handlowe między dwoma podmiotami o charakterze gospodarczym.

Bezsprzecznym jest bowiem, że przedmiotowe dokumenty mają wymierną wartość gospodarczą. Odtajnienie przedmiotowych dokumentów stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż pozwoliłoby to konkurencji na poznanie informacji nieznannej, której poznanie ze względu na prowadzoną działalność gospodarczą są bardzo zainteresowane. Oczywistym i jednoznacznym jest bowiem, że przedmiotowe dokumenty (ich treść) stanowią źródło zysków. Dokumenty wskazują na informacje, procedury i technologie jakie należy posiadać i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować i dowodzić równoważności i jakości w stosunku do OEM. Umożliwiają konkurowanie z nimi co jest wymierną wartością gospodarczą dla każdego producenta materiałów równoważnych. Każdy producent i dystrybutor materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących jest bardzo zainteresowany powiększeniem wiedzy w zakresie przedmiotowego know-how, dla którego jest to wymierna wartość gospodarcza, która przekłada się bezpośrednio na zyski.

Zgodnie z definicją (know-how) jest to wiedza, umiejętność wykonania /wyprodukowania materiałów. Ich testy i wdrożenie, kompetencje oraz biegłość.

Know-how określa całokształt wiadomości, czyli fachowej wiedzy oraz doświadczeń w zakresie technologii, procesu produkcyjnego i testowego dla określonego wyrobu.

Niejawność know-how wprost wynika z dyrektywy 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem.

W prawie Unii Europejskiej definicja know-how zawarta we wskazanej powyżej dyrektywie oraz w Rozporządzeniu Komisji (UE) Nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii. Stanowi ona, że know-how oznacza pakiet informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są z definicji niejawne (nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne). Są one istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane. Przedmiotowe dokumenty spełniają ten zakres.

Przedmiotowe dokumenty niejawne spełniają wszystkie przesłanki wskazanych powyżej przedmiotowych ustaw. Mają charakter techniczny, organizacyjny oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą. Nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Nie ma żadnej technicznej możliwości do pozyskania treści przedmiotowych dokumentów, do której można by dotrzeć w ramach procedury uzyskania informacji publicznej. Producent i właściciel marek Action S.A. powziął wszelkie kroki w tym zakresie łącznie z tym, że nie wyraził zgody aby dokumenty te miały status jawny (stosowne pismo w załączniku). Poinformował również, że dokumenty te stanowią cenne aktywa co do których podjął wszelkie kroki (w tym prawne) mające na celu ich ochronę. KOMAX 9 Sp. z o.o. pozyskał je w ramach udowadnia równoważności dla oferowanych produktów Action S.A. na mocy podpisanej umowy o poufności. Przedmiotowe dokumenty otrzymaliśmy od producenta Action S.A. do niniejszego postępowania pod warunkiem zachowania statusu niejawności. W związku z faktem, że nie jesteśmy właścicielami dokumentów, mamy obowiązek zachowania statusu niejawności zgodnie z decyzją producenta.

Informuję również, że producent Action S.A. nie wyraził zgody na odtajnienie przedmiotowych dokumentów. Wg otrzymanej informacji firma posiada ponad 30% udział w rynku zamiennych materiałów eksploatacyjnych w Polsce i odtajnienie tych dokumentów mogło by mieć wpływ na przyszłe wyniki finansowe firmy notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych. Przedmiotowe dokumenty stanowią przewagę know-how w stosunku do podmiotów konkurencyjnych.

Nadmienić należy liczne próby nieautoryzowanego pozyskania przedmiotowych dokumentów niejawnych co potwierdza znaczącą wartość dla firm konkurencyjnych.

Doceniają one ich określony charakter, informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne oraz bezpośrednie przełożenie na obniżenie kosztów i zwiększenie zysków. Jest to dla nich znacząca wartość gospodarcza. Informujemy, że znany jest nam przypadek problemów w tym zakresie firmy konkurencyjnej W piśmie z dnia 21 marca 2023r od 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Radomiu z wyborem ofert oraz odrzuceniem oferty Golden Line Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. „c” Ustawy Pzp (dokument na życzenie):

„Wykonawca (przyp. GoldenLine Sp. z o.o.) w przewidzianym terminie nie złożył wymaganego wezwaniem „raportu z badań” wykonanego zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017 (przypadku zaoferowania materiałów eksploatacyjnych

równoważnych) dotyczy poz. 18 „TONER SAMSUNG CZARNY MLT D307U”. Zaproponowany uprzednio przez Wykonawcę „raport z badań” jest niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Raport odnosi się do poprzedniej normy jakościowej tj. normy z 2004 r. (ISO/IEC 19752:2004), która nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ.” Firma Golden Line Sp. z o.o., a dokładnie Podkarpackie Laboratorium Badawcze, z którego usług korzysta nie potrafiła przygotować prawidłowego, zgodnego z odpowiednią normą raportu. W przypadku bezprawnego pozyskania raportów Action S.A. firma ta lub inne konkurencyjne pozyskałaby bezpłatnie wiedzę na temat wszystkich procedur związanych z testowaniem, wypracowanymi schematami oraz wystawianiem prawidłowych raportów, których zawartość jest zgodna z odpowiednimi normami.

Firma Action S.A. była zmuszona ponieść znaczące koszty aby pozyskać powyższe knowhow.

Firmy konkurencyjne składając wniosek o dostęp do dokumentów niejawnych chciałyby pozyskać je za darmo. Nie dziwi nas zatem desperackie próby pozyskania wiedzy w zakresie testowania i raportowania zgodnego z normami przez firmy konkurencyjne, jeżeli brak know how skutkuje odrzucaniem ofert za niezgodne z normami dokumenty.

Powyższe jest w pełni zgodne z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku z dnia 26 kwietnia 2016 r., Sygn. akt II GSK 2806/14, w którym odwołał się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

W warunkach rynkowych zauważamy bardzo silną aktywność konkurencji na polu pozyskania przedmiotowego know-how, która poczyniłaby znaczące oszczędności w zakresie produkcji, testowania i dowodzenia równoważności dla swoich własnych produktów w oparciu o pozyskaną wiedzę i doświadczenie Action S.A. Bezspornym jest dzięki takim działaniom firmy te powziąłby ponadnormatywne zyski nie wynikające bezpośrednio z własnej działalności, a z działalności firmy konkurencyjnej. Poprzez poznanie sposobów prowadzenia badań i raportowania potrafiłby skopiować i powielić schematy, które wypracował Action S.A. we współpracy z akredytowanym laboratorium TUV Rhailand w zakresie procedur testowania, przeprowadzania i zawartości raportów w zgodności z właściwymi normami.

Mając powyższe na względzie informujemy, że każda osoba, która weszła w posiadanie załączonych niejawnych dokumentów ma obowiązek zachować ten status i nie ma prawa przekazywania dokumentów innej osobie/firmie/instytucji w całości lub części nieuprawnionym do ich pozyskania. Nie ma prawa powielać ich ani przekazywać osobom do tego nieuprawnionym w dowolnej formie.

Do części jawnej dołączono certyfikaty ISO 9001:2015 i 14001:2015 dla firmy Action SA z siedzibą w Piasecznie.

W załączniku cenowym jako równoważne zaoferowano:

19 Toner do drukarki I – Sensy Canon LBP 6650DN, kolor czarny. Wydajność 6400 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. 3480B002AA 3480B012AA Action / Activejet ATH-05NX 25 74,00 zł 1 850,00 zł

21 Toner do drukarki laserowej Lexmark MS811 dn, kolor czarny. Wydajność 25000 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. 52D2H00 Action / Activejet ATL-522NX 5 221,00 zł 1 105,00 zł

22 Toner do drukarki laserowej Lexmark MS 410dn, kolor czarny. Wydajność 10 000 stron A4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. 50F2X0E Action / Activejet ATL-502NX 160 98,00 zł 15 680,00 zł

24 Toner do drukarki laserowej OKI B432dn, kolor czarny. Wydajność 12000 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. 45807111 Action / Activejet ATO-B432NX 15 74,00 zł 1 110,00 zł

25 Toner do urządzenia wielofunkcyjnego PRO MFP M521 DN, kolor czarny. Wydajność 12500 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. CE255X Action / Activejet ATH-55NX 4 111,00 zł 444,00 zł

28 Toner do drukarki laserowej Samsung MLT-D1042S. Wydajność 1500 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. SU737A Action / Activejet ATS-1660N 2 74,00 zł 148,00 zł

29 Toner do urządzenia wielofunkcyjnego Samsung SL-M3870FW, kolor czarny. Wydajność 10000 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. HP SU885A Action / Actis TS-3820A 6 98,00 zł 588,00 zł

33 Toner do drukarki laserowej Lexmark MS 621 DN Lexmark 56F2X0E , kolor czarny. Wydajność 20 000 stron A 4 przy 5% zaczernieniu powierzchni, zgodnie z normą ISO/IEC 19752 szt. 56F2X0E Action / Activejet ATL-622NXX 40 578,00 zł 23 120,00 zł

50 Bęben drukujący do drukarki laserowej OKI B432dn, kolor czarny. Wydajność 25000 stron A4 przy 5% zaczernieniu powierzchni szt. 44574302 Action / Activejet DRO-B431N 15 221,00 zł 3 315,00 zł

W części niejawnej znajdują się m. in. raporty z badań dla poz. 19, 22, 24, 25, 28 i 29 według normy ISO/IEC 19752:2004 Cor. 1:2012 i dla poz. 21 i 33 według normy ISO/IEC 19752:2017 oraz certyfikat dla właściciela licencji Action SA, gdzie jako podstawę badań tonerów wskazano ISO/IEC 19752:2017 i ISO/IEC 19798:2017 typ programu certyfikacji wyrobów PN-EN ISO/IEC 17067:2014

jako niejawne zawarto także oświadczenie Action SA, który wskazał, że udostępniane w celu wykazania równoważności

certyfikaty i raporty z badań stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Action i mogą być udostępniane jedynie podmiotom, które na ich podstawie mogły dokonać przygotowania oraz weryfikacji zgodności zgłoszonej oferty przetargowej z wymaganiami zamawiającego.

W dniu 12 lutego 2024 r. zamawiający wezwał Komax 9 Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi - Południe w Warszawie, z art. 128 ustawy do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie dokumentów na potwierdzenie, że oferowany artykuł równoważny do „bębna drukującego do drukarki laserowej OBJ B432dn, kolor czarny (pozycja 50 Formularza asortymentowo-ilościowo-cenowego) posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż wskazane przez zamawiającego w SWZ, tj. że posiada wydajność 25000 stron A4 przy 5% zacinaniu powierzchni i spełnia wymogi zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z Rozdziałem III ust. 3 SWZ "Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne będą fabrycznie nowe, będą posiadały parametry i właściwości oraz spełniały normy i standardy jakościowe jak produkt określony przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ". Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy Wykonawca zaoferuje produkt równoważny, na potwierdzenie, że oferowane artykuły równoważne posiadają takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe, będzie musiał wykazać, że oferowane materiały eksploatacyjne spełniają wymogi zamawiającego, przykładowo załączyć wraz ze składaną ofertą raporty z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:2021 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych (Rozdział III ust. 6 SWZ). Mając na uwadze powyższe zapisy SWZ Wykonawcy oferując produkt równoważny, nawet jeśli nie podlegał on testowaniu zgodnie z normą są zobowiązani wykazać, że posiada parametry i właściwości nie gorsze niż produkt oryginalny. Mając na uwadze powyższe przedłożone Wykonawca winien wykazać, że zaoferowany bęben Action / Activejet DRO-B431N posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż określone przez zamawiającego.

W dniu 12 lutego 2024 r. Komax 9 odpowiedział:

W odniesieniu do Państwa pisma z dnia 12.02.2024r z wezwaniem do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych dla zaoferowanego w poz. 50 produktu równoważnego przedkładamy je w załączniku.

Załącznik zawiera oświadczenie Action o treści:

Spółka Action S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno, producent markowych materiałów eksploatacyjnych Activejet, posiadająca, KRS: 0000214038 oraz NIP 527-11-07-221, oświadcza że Materiał eksploatacyjny marki Activejet DRO-B431N jest fabrycznie nowy, nieregenerowany w jakimkolwiek stopniu, wyprodukowany przy użyciu wcześniej nie używanych części, nie poddany procesowi ponownego napełniania lub wymianie jakichkolwiek części, bez śladów użytkowania

Produkt DRO-B431N zapewnia prawidłowe działanie biurowych urządzeń drukujących i kopiujących, posiada parametry fizyczno-chemiczne, techniczne oraz wydajnościowe i użytkowe równe lub wyższe niż oryginalne materiały eksploatacyjne.

Wydajność DRO-B431N wynosi 25.000 stron A4 przy 5% zacinaniu.

Proponowany zamawiającemu produkt może być stosowany w urządzeniach do których jest przeznaczony: OKI B411 d, B411dn, B412dn, B431d, B431dn, B432dn, B512dn, MB461, MB471, MB471w, MB471dnw, MB472, MB472dnw, MB491 MB491dn, MB492dn, MB562, MB562dnw.

Gwarancja na materiały eksploatacyjne Activejet wynosi 5 lat.

Materiały eksploatacyjne marki Activejet produkowane są zgodnie z wymogami ISO 9001:2015 oraz ISO 14001:2015.

Komax odniósł się też do wezwania z dnia 27.02.2024r. do złożenia wyjaśnień w zakresie aktualności norm zamieszczonych w raportach z badań TUV dla poz. 19, 22, 24-25, 28-29 informując, że normy są aktualne na dzień złożenia oferty oraz nadal aktualne. Potwierdzeniem ważności badań jest Certyfikat wystawiony przez podmiot akredytowany TUV, zatwierdzany co roku po przeprowadzonym przez TUV audycie zgodnie z wytycznymi w tym zakresie (dokument w posiadaniu zamawiającego – oferta KOMAX 9 Sp. z o.o. oraz w załączniku). Certyfikat potwierdza podstawę badań dla tonerów monochromatycznych ISO/IEC 19752:2017. Normy wykazane w raportach z badań TUV dla poz. 19, 22, 24-25, 28-29 tj. ISO/IEC 19752:2004/Cor 1:2012 są równoważne z normami ISO/IEC 19752:2017. Podstawy badań nie zmieniły się. Z tego też tytułu podmiot akredytowany TUV potwierdza zgodność norm (w tym podstawy badań) oraz ich równoważność. Pismo w załączniku.

Wskazał, że normy do badania wydajności tonerów ISO/IEC, które powstały w 2004r oraz 2007r. są cały czas aktualne. Na przestrzeni ostatnich lat następowały aktualizacje, które w żaden sposób nie zmieniały wytycznych zawartych w normach dotyczących sposobów testowania. Aktualizacje dotyczyły jedynie literowych zapisów norm, korekt poszczególnych wyrażań lub słów, zmian literowych mających na celu uporządkowanie zapisów norm, ale żadna aktualizacja normy nie dotyczyła zmian w sposobie testowania czy podstawie badań. Sposób testowania i podstawa badań są merytorycznie takie same – nie zmieniły się. Dowodem raporty z testów wykonane przez producenta HP

(ogólnodostępne) oraz wymienione wyżej oświadczenie podmiotu akredytowanego przez PCA TUV Rhailand.

Oświadczamy, że przedstawione raporty z testów zostały wykonane przez akredytowane Laboratorium zgodnie z akredytowanymi normami ISO/IEC 19752, zawierają wszystkie wymagane informacje wynikające z ostatniej aktualizacji ww. norm, a wszystkie normy wymienione w tych raportach z testów dla produktów równoważnych są aktualne na dzień złożenia oferty tj. na dzień 29.01.2024r.

W załączniku:

- Akredytacja TUV AB904
- oświadczenie TUV o aktualności i równoważności norm zawartych w raportach z normami bieżącymi (tj. aktualnymi również na dzień 29.01.2024r),
- oświadczenie TUV o ważności testów.
- Oświadczenie Action w zakresie ważności norm.

Z oświadczenia Action wynika

Spółka Action producent markowych materiałów eksploatacyjnych Activejet i Actis, informuje że:

Action S.A. od roku 2015 wykonuje badania materiałów eksploatacyjnych w Laboratorium TUV Rehland, posiadającym akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, według akredytowanych przez Polskie Centrum Akredytacji norm wydajnościowych ISO/IEC.

Testy odbywały się wg wszystkich wytycznych zawartych w normach ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24712 metodą akredytowaną, a treść raportów z testów zawiera wszystkie wymagane informacje zgodnie z aktualnymi wydaniem norm.

Corocznie (od co najmniej 12 lat) firma nasza przechodzi audyt podmiot akredytowanego TUV Rehland, w wyniku którego produkty naszej firmy otrzymują CERTYFIKAT zgodności z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24712, ISO/IEC 24712.

Oświadczamy, że wszystkie dokumenty w postaci certyfikatów ISO, oraz raportów z testów wykonanych przez TUV Rehland są aktualne, obowiązujące i nie zostały przez nas wycofane. Wykonane zostały w uprawnionym do tego Laboratorium, zgodnie z wszystkimi wytycznymi norm ISO oraz zawierają wszystkie wymagane w normach ISO dane techniczne.

Wg naszej wiedzy normy ISO powstały w roku 2004 (ISO 19752) i roku 2007 (ISO 19798) r. Aktualizacje norm w postaci „corrigendum”, nie zmieniały sposobu testowania materiałów eksploatacyjnych zawartych w normach, a jedynie porządkowały zapisy słowne, literowe, modyfikowały wybrane słowa czy wyrażenia. Ich celem było uporządkowanie zapisów norm, ale żadna aktualizacja nie dotyczyła zmian sposobu testowania.

Tym samym potwierdzamy, że wszystkie badania z testów wykonane w Laboratorium TUV Rehland oraz raporty z testów powstałe w wyniku tych badań, pozostają cały czas aktualne i są zgodnie z aktualnymi wydaniem norm ISO ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712.

Komax 9 przedłożył również zakres akredytacji laboratorium badawczego AB 904.

Przedstawił kolejne uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, informując, że wszystkie dokumenty oznaczone jako "DOKUMENTY NIEJAWNE" stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz dyrektywy 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnica przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. Urz. UE z 2016 r. L 157, s. 1 z dnia 15.06.2016r.).

Zastrzegał niejawność załączonych dokumentów, ponieważ mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjnych przedsiębiorstwa oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą. Nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, ponieważ zawierają informację nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Przedmiotowe dokumenty zawierają informacje handlowe, oraz uzgodnienia handlowe między dwoma podmiotami o charakterze gospodarczym.

Bezsprzecznym jest bowiem, że przedmiotowe dokumenty mają wymierną wartość gospodarczą. Odtajnienie przedmiotowych dokumentów stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż pozwoliłoby to konkurencji na poznanie informacji nieznanej, której poznanie ze względu na prowadzoną działalność gospodarczą są bardzo zainteresowane. Oczywiście i jednoznaczny jest bowiem, że przedmiotowe dokumenty (ich treść) stanowią źródło zysków. Dokumenty wskazują na informacje, procedury i technologie jakie należy posiadać i wdrożyć, aby móc skutecznie produkować i dowodzić równoważności i jakości w stosunku do OEM. Umożliwiają konkurowanie z nimi co jest wymierną wartością gospodarczą dla każdego producenta materiałów równoważnych. Każdy producent i dystrybutor materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących jest bardzo zainteresowany powiększeniem wiedzy w zakresie przedmiotowego know-how, dla którego jest to wymierna wartość gospodarcza, która przekłada się bezpośrednio na zyski.

Zgodnie z definicją (know-how) jest to wiedza, umiejętność wykonania /wyprodukowania materiałów. Ich testy i wdrożenie, kompetencje oraz biegłość.

Know-how określa całokształt wiadomości, czyli fachowej wiedzy oraz doświadczeń w zakresie technologii, procesu produkcyjnego i testowego dla określonego wyrobu.

Niejawność know-how wprost wynika z dyrektywy 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem.

W prawie Unii Europejskiej definicja know-how zawarta we wskazanej powyżej dyrektywie oraz w Rozporządzeniu Komisji (UE) Nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii. Stanowi ona, że know-how oznacza pakiet informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są z definicji niejawne (nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne). Są one istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane. Przedmiotowe dokumenty spełniają ten zakres.

Przedmiotowe dokumenty niejawne spełniają wszystkie przesłanki wskazanych powyżej przedmiotowych ustaw. Mają charakter techniczny, organizacyjny oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą. Nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Nie ma żadnej technicznej możliwości do pozyskania treści przedmiotowych dokumentów, do której można by dotrzeć w ramach procedury uzyskania informacji publicznej. Producent i właściciel marek Action S.A. powziął wszelkie kroki w tym zakresie łącznie z tym, że nie wyraził zgody aby dokumenty te miały status jawny (stosowne pismo w załączniku). Poinformował również, że dokumenty te stanowią cenne aktywa co do których podjął wszelkie kroki (w tym prawne) mające na celu ich ochronę. KOMAX 9 Sp. z o.o. pozyskał je w ramach udowadnia równoważności dla oferowanych produktów Action S.A. na mocy podpisane umowy o poufności. Przedmiotowe dokumenty otrzymał od producenta Action S.A. do niniejszego postępowania pod warunkiem zachowania statusu niejawności. W związku z faktem, że nie jest właścicielem dokumentów, ma obowiązek zachowania statusu niejawności zgodnie z decyzją producenta.

Poinformował również, że producent Action S.A. nie wyraził zgody na odtajnienie przedmiotowych dokumentów. Wg otrzymanej informacji firma posiada ponad 30% udział w rynku zamiennych materiałów eksploatacyjnych w Polsce i odtajnienie tych dokumentów mogło by mieć wpływ na przyszłe wyniki finansowe firmy notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych. Przedmiotowe dokumenty stanowią przewagę know-how w stosunku do podmiotów konkurencyjnych. Nadmieniał liczne próby nieautoryzowanego pozyskania przedmiotowych dokumentów niejawnych co potwierdza znaczącą wartość dla firm konkurencyjnych.

Doceniają one ich określony charakter, informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne oraz bezpośrednie przełożenie na obniżenie kosztów i zwiększenie zysków. Jest to dla nich znacząca wartość gospodarcza. Informował, że znany jest mu przypadek problemów w tym zakresie firmy konkurencyjnej W piśmie z dnia 21 marca 2023r od 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Radomiu z wyborem ofert oraz odrzuceniem oferty Golden Line Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. „c” Ustawy Pzp (dokument na życzenie):

„Wykonawca (przyp. GoldenLine Sp. z o.o.) w przewidzianym terminie nie złożył wymaganego wezwaniem „raportu z badań” wykonanego zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017 (przypadku zaoferowania materiałów eksploatacyjnych równoważnych) dotyczy poz. 18 „TONER SAMSUNG CZARNY MLT D307U”. Zaproponowany uprzednio przez Wykonawcę „raport z badań” jest niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Raport odnosi się do poprzedniej normy jakościowej tj. normy z 2004 r. (ISO/IEC 19752:2004), która nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ.”

Firma Golden Line Sp. z o.o., a dokładnie Podkarpackie Laboratorium Badawcze, z którego usług korzysta nie potrafiła przygotować prawidłowego, zgodnego z odpowiednią normą raportu. W przypadku bezprawnego pozyskania raportów Action S.A. firma ta lub inne konkurencyjne pozyskałaby bezpłatnie wiedzę na temat wszystkich procedur związanych z testowaniem, wypracowanymi schematami oraz wystawianiem prawidłowych raportów, których zawartość jest zgodna z odpowiednimi normami.

Firma Action S.A. była zmuszona ponieść znaczące koszty aby pozyskać powyższe knowhow. Firmy konkurencyjne składając wniosek o dostęp do dokumentów niejawnych chciałyby pozyskać je za darmo. Nie dziwi nas zatem desperackie próby pozyskania wiedzy w zakresie testowania i raportowania zgodnego z normami przez firmy konkurencyjne, jeżeli brak know how skutkuje odrzucaniem ofert za niezgodne z normami dokumenty.

Powyższe jest w pełni zgodne z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku z dnia 26 kwietnia 2016 r., Sygn. akt II GSK 2806/14, w którym odwołał się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

W warunkach rynkowych zauważamy bardzo silną aktywność konkurencji na polu pozyskania przedmiotowego know-

how, która poczyniłaby znaczące oszczędności w zakresie produkcji, testowania i dowodzenia równoważności dla swoich własnych produktów w oparciu o pozyskaną wiedzę i doświadczenie Action S.A. Bezsprzeczne jest dzięki takim działaniom firmy te powziąłby ponadnormatywne zyski nie wynikające bezpośrednio z własnej działalności, a z działalności firmy konkurencyjnej. Poprzez poznanie sposobów prowadzenia badań i raportowania potrafiłby skopiować i powielić schematy, które wypracował Action S.A. we współpracy z akredytowanym laboratorium TUV Rhailand w zakresie procedur testowania, przeprowadzania i zawartości raportów w zgodności z właściwymi normami.

Mając powyższe na względzie informujemy, że każda osoba, która weszła w posiadanie załączonych niejawnych dokumentów ma obowiązek zachować ten status i nie ma prawa przekazywania dokumentów innej osobie/firmie/instytucji w całości lub części nieuprawnionym do ich pozyskania. Nie ma prawa powielać ich ani przekazywać osobom do tego nieuprawnionym w dowolnej formie.

Jako niejawne złożono dwa oświadczenia laboratorium badawczego wyjaśniającego aktualność norm i sposób prowadzenia badań.

W dniu 1 marca 2024 r. zamawiający odpowiedział na wnioski odwołującego o odrzucenie oferty Komax 9 w następujący sposób:

w odpowiedzi na zastrzeżenia Wykonawcy Netprint s.c. złożone w Piśmie z dnia 26 lutego 2024 r. dotyczące podstaw do uznania złożonej oferty KOMAX9 sp. z o.o. za niezgodną z treścią SWZ oraz w Piśmie z dnia 29 lutego 2024 r. dotyczące wezwania Wykonawcy KOMAX9 sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań przedmiotowych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, poinformował, że nie identyfikuje żadnych podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez KOMAX9 Sp. z o.o. w tym postępowaniu, za czym przemawia następująca argumentacja.

I.

Zamawiający w zakresie zarzutów zawartych w Piśmie z dnia 26 lutego 2024 r. wskazuje, że w polskim systemie obowiązuje system normalizacji dobrowolnej. Zastąpienie normy nową normą wynika wyłącznie z faktu, że Polski Komitet Normalizacyjny stosuje zasadę - jedna aktualna norma o określonym numerze i tytule. Powyższe nie oznacza jednakże, że norma wycofana nie może być stosowana, a w szczególności nie oznacza że przeprowadzone na jej podstawie badania utraciły moc. Status norm wycofanych pozostaje bowiem aktualny w procedurach oceny zgodności określonych w odpowiednich przepisach, również w sytuacji wprowadzenia norm nowych, czego przykładem jest niniejsza sprawa. W rezultacie Raporty z badań przeprowadzonych przez Wykonawcę zostały wykonane w okresie obowiązywania normy uprzedniej z 2004 roku, zaś TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. potwierdziła zgodność tych norm i ich równoważność z normami wdrożonymi w roku 2017, co łącznie wskazuje że przedstawione raporty z badań są nadal aktualne. Ponadto według najlepszej wiedzy zamawiającego dokonywane we wskazanych normach aktualizacje z roku 2017 nie zmieniały żadnych wytycznych zawartych w normach z 2004 roku dotyczących sposobów testowania, i miały charakter wyłącznie porządkujący. Tym samym różnice w przedmiotowych normach ISO z 2004 roku i 2017 roku sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian redakcyjnych

II.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w Piśmie z dnia 29 lutego 2024 r. Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w Wezwaniu z dnia 09 lutego 2024 roku, zgodnie z którym „Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z Rozdziałem III ust. 3 SWZ Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne będą fabrycznie nowe, będą posiadały parametry i właściwości oraz spełniały normy i standardy jakościowe jak produkt określony przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ”. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy Wykonawca zaoferuje produkt równoważny, na potwierdzenie, że oferowane artykuły równoważne posiadają takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe, będzie musiał wykazać, że oferowane materiały eksploatacyjne spełniają wymogi zamawiającego, przykładowo załączyć wraz ze składaną ofertą raporty z testów wydajności wykonanych wg standardów norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19758:2017, ISO/IEC 24711:2021 oraz ISO/IEC 24712:2021 lub norm równoważnych (Rozdział III ust. 6 SWZ). Mając na uwadze powyższe zapisy SWZ Wykonawcy oferując produkt równoważny, nawet jeśli nie podlegał on testowaniu zgodnie z normą są zobowiązani wykazać, że posiada parametry i właściwości nie gorsze niż produkt oryginalny. Mając na uwadze powyższe przedłożone Wykonawca winien wykazać, że zaoferowany bęben Ac/ion / Activejet DRO-B431N posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż określone przez zamawiającego w Załączniku nr 1 SWZ, co czyni niniejsze wezwanie uzasadnionym i koniecznym*. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem każdorazowo „może żądać złożenia, w ramach wyjaśnień, dokumentów będących w granicach możliwości wykonawcy i potwierdzających równoważność oferowanych materiałów” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 436/09). Mając na uwadze powyższe Zamawiający był uprawniony żądać przedstawienia przez Wykonawcę KOMAX9 Sp. z o.o. dowodów w postaci dokumentów na potwierdzenie zastosowanego w ofercie rozwiązania równoważnego: czy to w ramach wezwania do uzupełnienia, czy to

w ramach złożenia wyjaśnień. Wbrew zatem twierdzeniom Netprint s.c. zastosowanie przy wskazanym Wezwaniu art. 128 Pzp nie stanowi działania sprzecznego z ustawą, a tym bardziej nie pozbawia go ważności. W orzecznictwie przeważa bowiem pogląd, że ewentualnie błędnie podana podstawa prawna w wezwaniu jest bez znaczenia, gdyż kluczowe znaczenie ma treść samego Wezwania do której Wykonawca ma obowiązek się zastosować (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1611/17). Tymczasem zgodnie ze sformułowanym Wezwaniem z dnia 09 lutego 2024 r. Wykonawca KOMAX9 Sp. z o.o. został zobowiązany do „przedłożenia dokumentów na potwierdzenie, że oferowany artykuł równoważny do „bębna drukującego do drukarki laserowej OKI B432dn, kolor czarny” (pozycja 50 Formularza asortymentowo-ilościowo-cenowego) posiada takie same lub lepsze parametry techniczne i jakościowe niż wskazane przez zamawiającego w SWZ, tj. że posiada wydajność 25000 stron A4 przy 5% zacinaniu powierzchni i spełnia wymogi zamawiającego**”. Takiemu Wezwaniu Wykonawca zadośćuczynił, co wyklucza unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez KOMAX9 Sp. z o.o. w tym postępowaniu.

Dowody zamawiającego:

Z zarządzenia nr 25/2012 Prezesa Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy wynika, że obowiązujące godziny pracy to poniedziałek – piątek 8:00 do 16:00

Z korespondencji elektronicznej wynika, że:

29 stycznia 2024 odwołujący wnioskował o udostępnienie wszystkich ofert i udostępnienie formularzy cenowych konkurencji,

30 stycznia 2024 zamawiający przekazał formularze cenowe

31 stycznia 2024 zamawiający udostępnił oferty wykonawców

31 stycznia 2024 odwołujący wnosił o udostępnienie jawnej części ofert z naciskiem na dokument ustanawiający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazanie rodzaju dokumentów zastrzeżonych tajemnicą, aby mogli ocenić ich prawidłowość bez poznawania treści zastrzeżonych dokumentów.

2 lutego 2024 zamawiający wskazał, że udostępnił jawną część ofert, dokument ustanawiający tajemnicę przedsiębiorstwa firmy Praxis i Petlak sp. jawna została ujęta w części zastrzeżonej dlatego zamawiający nie ma możliwości jego przesłania

2 lutego 2024 odwołujący stwierdził, że dokument ustanawiający tajemnicę nie może stanowić tajemnicy i wnosił o jego udostępnienie

2 lutego 2024 zamawiający przesłał dokument uzasadniający zastrzeżenie tajemnicy firmy Praxis i Petlak

Dowody przystępującego:

Formularz cenowy – uwzględniony jako dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia,

Certyfikaty ISO – uwzględnione jako dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia,

Zrzut ekranu ze strony internetowej producenta potwierdzające dane techniczne bębna DRO-B431N i certyfikaty

Oświadczenie producenta dotyczące bębna DRO-B431N – uwzględnione jako dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Oświadczenie z 14 marca 2024 firmy Oki Europe Limited z Wielkiej Brytanii, że bębny PN 44574302 przeznaczone do drukarki OKI B432 dn nie podlegają pod normę ISO/IEC 19752

ISO/IEC 19752:2004 (E) załącznik D (informacyjny) przykładowy formularz raportowania i ISO/IEC 19752:2017 (E) załącznik D (informacyjny) przykładowy formularz raportowania różnią się informacją o wersji oprogramowania sprzętowego drukarki.

Wyjaśnienie nr 2 i zmiana nr 2 do sprawy Wojskowej Akademii Technicznej nr 5/DZZ/2024 wynika, z niego, że zamawiający określił edycje norm dla wymaganych raportów z testów

- raport z testu Toner INKDIGO HP-15X-1 do monochromatycznych drukarek laserowych data przyjęcia 8 czerwca 2017 podstawa badań ISP/IEC 19752:2004 Cor 1:2012

- odmowa odtajnienia wykonawcy Komax 9 dokumentów w sprawie INF/272/2023, gdzie zamawiający uznał, że raporty są dokumentem o charakterze technicznych, technologicznym, know-how, nie są ogólnodostępne, wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przedstawiając aktualne pismo producenta Action spółka akcyjna o zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i czynnościach, których efektem jest zakazanie Komax ujawnienia informacji podmiotom innym niż zamawiający producent określił wartość gospodarczą informacji związaną z wprowadzaniem zamienników na rynek i pozyskiwania dokumentów instytucji posiadających akredytację PCA i określił ją jako siedmiocyfrową.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawcę Komax 9 w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania i w tym zakresie oddaliła wnioski zamawiającego.

Zgodnie z art. 509 ust. 1 ustawy terminy w postępowaniu odwoławczym oblicza się według przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z art. 111 par. 1 kc stanowi, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 4 marca 2024 r. (bowiem 10 dzień terminu na wniesienie odwołania przypadał w sobotę, co powodowało, że zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy termin upływał dnia następnego po dniach wolnych od pracy. Termin kończył się z upływem dnia, a więc o godzinie 24:00). Zgodnie z dowodami przedłożonymi przez zamawiającego odwołanie zostało mu przekazane przed godzina 24:00, bo o godz. 23:10. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Natomiast w myśl ust. 3 tego przepisu Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Niewątpliwie odwołanie zostało przekazane zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W ocenie Izby nie ma tu znaczenia fakt, że zamawiający pracuje do godz. 16:00, bowiem korzystanie ze środków komunikacji elektronicznej nie doznaje ograniczeń czasowych. Sam zamawiający stwierdził, że miał na zapoznanie się z odwołaniem mniej niż godzinę, ale odwołanie w ocenie Izby nie było na tyle obszerne, aby uznać, że był to czas niewystarczający. Co więcej większość argumentacji podniesionej w odwołaniu była znana zamawiającemu z dokumentacji postępowania, gdyż odwołujący wnioskował do zamawiającego o odrzucenie oferty Komax 9 w dniach 26 i 29 lutego 2024, co więcej zamawiający miał już wyrobione stanowisko, co do tego wniosku, gdyż udzielił odwołującemu odpowiedzi, zbieżnej ze stanowiskiem zajętym obecnie w odpowiedzi na odwołania. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że Izba w sprawie KIO 3026/21 uznała, że wniesienie do zamawiającego odwołania po godzinach pracy zamawiającego stanowi obalenie domniemania z art. 514 ust. 3 ustawy. Przeciwnie Izba w tym orzeczeniu badała właśnie fakt złożenia odwołania po godzinach pracy zamawiającego i nie dała się przekonać zamawiającemu o zaistnieniu podstaw odrzucenia.

Nadto nie można pominąć celu, w jakim odwołanie jest przekazywane zamawiającemu, ma ono uniemożliwić zawarcie umowy, o czym stanowi art. 577 ustawy. Zamawiający bowiem zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy może zawrzeć umowę w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym przekazanie odwołania do upływu terminu na jego wniesienie nie obliuguje zamawiającego, ani do ustalenia stanowiska procesowego, ani do zgromadzenia materiału dowodowego, na to ma zamawiający czas do terminu wyznaczonej rozprawy. To, że odwołanie zostało wniesione, ma powstrzymać zamawiającego przed zawarciem umowy z wykonawcą wybranym i zapewnić rzeczywistą możliwość zaspokojenia interesu odwołującego, o ile zarzuty okażą się zasadne. Bowiem, gdyby doszło do zawarcia umowy mogłoby się okazać, że ewentualna wygrana odwołującego może nie gwarantować mu uzyskania zamówienia. Przekazanie odwołania także wyznacza zamawiającemu termin na powiadomienie innych wykonawców o wniesieniu odwołania – art. 524 ustawy, przy czym ustawodawca nie zdecydował się na określenie zamawiającemu sankcji za niedochowanie tego terminu, a więc nawet jeśli odwołujący przekaże odwołanie bardzo późno ostatniego dnia terminu, to dla zamawiającego nie powstają z tego tytułu negatywne skutki. Przesunięciu może ulec termin na zgłaszanie przystąpień. Tym samym również z tego względu brak jest podstaw do uznania, że zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 6 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 podnosząc, że z przedstawionych przez zamawiającego pism wymienianych pomiędzy zamawiającego i odwołującego nie wynika, że zamawiający jednoznacznie odmówił odwołującemu udostępnienia części oferty KOMAX9 zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, co wskazywałoby na zakończenie procesu badania skuteczności takiego zastrzeżenia. W dniu 2 lutego 2024 r. zamawiający wskazał jedynie, że udostępnia część jawną złożonych ofert. Z treści tego dokumentu nie wynika jednak to, że zamawiający odmawia na późniejszym etapie postępowania udostępnienia pozostałych dokumentów i uznaje zastrzeżenie za skuteczne. Sam fakt, że odwołujący wiedział, jakie dokumenty i z jakich powodów zostały zastrzeżone w dniu 31 stycznia 2024 r. nie oznacza, że termin ten stanowił początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Odwołanie wnoszone jest bowiem na czynność lub zaniechanie zamawiającego. Zweryfikowanie skuteczności zastrzeżenia może nastąpić aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem jedynie stanowcza odmowa udostępnienia utajnionych dokumentów wskazująca na uznanie skuteczności zastrzeżenia mogłaby stanowić początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Tu takiego stanowiska zamawiającego nie ma. Przeciwnie oświadczenia zamawiającego z 2 lutego 2024, w odniesieniu do dokumentów firmy Praxis, najpierw odmawiającego udostępnienia uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy, a następnie dokument ten udostępniającego, świadczą o tym, że jeszcze w dniu 2 lutego 2024 zamawiający weryfikował skuteczność zastrzeżenia tajemnicy. A zatem fatycznie wykonawca o tym, że zamawiający zakończył proces badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy dowiedział się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej i udostępnieniu mu dokumentów w dniu 28 lutego 2024 r. Oznacza to, że

odwołanie zostało wniesione w terminie.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KOMAX, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty KOMAX z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Katalog przedmiotowych środków dowodowych został w tym postępowaniu określony w rozdziale V SWZ. W ustępie 1 tego rozdziału określono trzy rodzaje dokumentów przedmiotowych, których zamawiający wymagał i był to katalog jednoznacznie wskazujący rodzaj dokumentu i cel jego złożenia. W pkt. 1.3 zamawiający wskazał raporty z badań i określił jakich materiałów eksploatacyjnych one dotyczą. Wśród tych materiałów nie wymienił bębnow do drukarek. Pomiędzy stronami bezsporne było, że bębny do drukarek nie są badane na zgodność z normą ISO/IEC 19752 ani ISO/IEC 19798. Odwołujący wskazywał na ogólny wymóg zamawiającego podany w opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale III pkt 5 i 6 i z tego faktu wywodził, że wykonawcy mieli wykazać za pomocą przedmiotowych środków dowodowych równoważność każdego materiału eksploatacyjnego z materiałem określonym przez zamawiającego, jak również wskazywał na otwarty- przykładowy katalog dokumentów określony w pkt 6 rozdziału III. Izba dostrzega tę rozbieżność wewnętrzną SWZ, jednak należy wziąć pod uwagę, że to zamawiający zgodnie z art. 105 ust. 1 i art. 106 ust. 1 określa, czy żąda od wykonawców złożenia certyfikatów, innych wymaganych przez niego dokumentów. Przepis art. 106 ust. 1 zdanie 2 wskazuje wprost - zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Tym samym, jeśli zamawiający określił węższy katalog przedmiotowych środków dowodowych niż wynikałoby to z opisu przedmiotu zamówienia, to nie można czynić wykonawcy skutecznego zarzutu, że się do tego katalogu zastosował. Zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy zamawiający żąda dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania, a zgodnie z ustępem 2 proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby oznacza, to że jeśli zamawiający zawęził wymagany od wykonawców zakres dowodzenia do dokumentów dotyczących jedynie części materiałów eksploatacyjnych, to wykonawcy nie mieli obowiązku przedkładać środków dowodowych innych niż wymagane. Tym samym, choć bezsporne jest, że w poz. 50 formularza cenowo-ilościowego przystępujący zaoferował bęben równoważny do bębna opisanego przez zamawiającego, to nie miał obowiązku przedstawiać innych dokumentów, niż te, które zamawiający enumeratywnie wymienił w rozdziale V ust. 1, jeśli dysponował kompletem dokumentów w tym ustępie wskazanych. Tak było w przypadku uczestnika: posiadał on certyfikaty ISO 9001 i 14001, certyfikatów zgodności z normami ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla kaset do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711:2021 dla atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego, ISO/IEC 24712:2021 dla atramentowych wkładów drukujących kolorowych raporty z badań wydajności dla tonerów monochromatycznych, kaset do kolorowych drukarek laserowych, atramentowych wkładów drukujących koloru czarnego i kolorowych, certyfikaty dla jednostek akredytowanych według ISO 17065:2013 i ISO 17025:2018. Takie dokumenty zostały zamawiającemu przedstawione, z tym, że raporty potwierdzały wydajność według wcześniejszej edycji powołanych przez zamawiającego norm. Wśród tych wymaganych dokumentów nie ma dokumentu odnoszącego się wprost do bębna zaoferowanego w poz. 50. I choćby z tego względu zamawiający nie mógł skutecznie zażądać złożenia przedmiotowego środka dowodowego. Zamawiający nie mógł go także żądać z powodu treści rozdziału V pkt 3. Nie mógł także wezwać do złożenia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, gdyż podstawą do wzywania do złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest wyłącznie art. 107 ust. 2 ustawy. W tym zakresie wezwanie zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. należało ocenić jako wadliwe.

Odnosząc się do treści ust. 2 i 4 rozdziału V przytaczanych przez odwołującego, to wbrew stanowisku odwołującego nie stwarzały one podstawy do rozszerzenia katalogu przedmiotowych środków dowodowych określonego w rozdziale V ust. 1 SWZ, ale jak słusznie zauważył to przystępujący, dopuszczały jedynie możliwość innego odpowiedniego środka dowodowego, gdyby dany wykonawca nie dysponował środkami dowodowymi określonymi w ust. 1. W tej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Tym samym ust. 2 rozdziału V nie mógł w tej sprawie stanowić podstawy do wezwania do złożenia przedmiotowych środków dowodowych innych niż w ust. 1. Natomiast zamawiający miał prawo zażądać wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w trybie art. 223 ust. 1 ustawy i tak należało zakwalifikować wezwanie zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. Zamawiający miał wątpliwość, czy zaoferowany bęben spełnia jego wymagania i mógł zażądać od wykonawcy udzielenia mu wyjaśnień, mimo, że nie przewidywał składania przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego bezpośrednio poz. 50. Przystępujący udzielił mu tych wyjaśnień składając oświadczenie producenta. Oświadczenie to potwierdzało spełnianie wymagań zamawiającego, co oznacza, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KOMAX, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty KOMAX z uwagi

na niezgodność z warunkami zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że dla skuteczności tego zarzutu odwołujący powinien był wykazać, że normy ISO/IEC 19752:2004 Cor. 1:2012 i ISO/IEC 19798:2017. Należy wziąć pod uwagę treść art. 101 ust. 5 i 6 ustawy, z których jednoznacznie wynika, że przedmiotem udowadniania jest spełnienie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełnianie wymagań co do wydajności lub funkcjonalności określonych przez zamawiającego, potwierdza to również art. 105 ust. 5 ustawy wskazując na konieczność udowodnienia przez wykonawcę, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriach oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia. Natomiast nie ma przepisu nakazującego wykonawcy wraz z złożeniem innego odpowiedniego środka dowodowego wykazywania, że dowód ten jest odpowiedni. Ocena odpowiedności dowodu należy do zamawiającego, a w tym postępowaniu, jeśli odwołujący kwestionował ocenę przez zamawiającego norm 19752:2004 cor 1:2012 jako równoważnych normie 19752:2017, to powinien udowodnić tę tezę przedstawiając obie wersje normy i wskazując na istnienie istotnych różnic w sposobie prowadzenia badań, w sposobie prezentowania informacji o prowadzonych testach wydajności i ich wynikach, albo wykazać, że wprowadzenie nowej edycji normy spowodowało wycofanie normy aktualizowanej np. przez przedstawienie listy norm wycofanych publikowanej na stronie Polskiego Komitetu Normalizacji. Odwołujący tej okoliczności nie wykazał poprzestając wyłącznie na twierdzeniu, że to przystępujący powinien takiego wykazania dokonać wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi złożonymi wraz z ofertą. Przy czym odwołujący nie podał normy prawnej, z której wywodził tę tezę, a Izba takiej normy w ustawie nie odnajduje. Zamawiający przed przystąpieniem do oceny przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego weryfikował równoważność normy i wyjaśniał w tym zakresie przedmiotowe środki dowodowe z przystępującym, do czego miał prawo zarówno na gruncie art. 107 ust. 4 jak i art. 223 ust. 1 ustawy. Zamawiający uzyskał pewność co do równoważnego charakteru norm wcześniejszych edycji w stosunku do żądanych, jak i sposobu prowadzenia testów – w tym zakresie uzyskał stanowisko jednostki badawczej, a więc podmiotu niezależnego od wykonawcy, jak i od producenta materiałów eksploatacyjnych. Tym samym zamawiający miał pełną wiedzę, co do tego, jak ocenić przedmiotowy środek dowodowy i prawidłowo ocenił go jako odpowiedni. Co więcej tę równoważność norm wcześniejszych edycji dodatkowo poparł przystępujący dowodami złożonymi na rozprawie przedstawiając przykładowe formularze raportowania według każdej z edycji i wykazując, że różnica w swojej istocie sprawdza się jedynie do podawania według edycji późniejszej informacji o wersji oprogramowania drukarki. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu norm prawnych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez KOMAX jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie czynności odtajnienia tychże informacji i dokumentów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący przedstawił uzasadnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które poparł dowodem w postaci stanowiska producenta, co do charakteru poufnego przedstawianych przez przystępującego informacji. Zdaniem Izby ocena uzasadnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez znajomości treści pisma producenta spowodowała, że odwołujący ocenił to uzasadnienie jako niewystarczające na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 uznk. Odczytanie łączne obu dokumentów pozwala na zidentyfikowanie charakteru technicznego przedstawianych informacji, ustalenie w czym producent, a w czym przystępujący upatrują się wartości gospodarczej prezentowanych informacji i Izba dostrzega, że są to dwie różne postrzegane wartości, dla producenta to koszty poniesione w związku z uzyskiwaniem informacji, nawiązane współprace, proces techniczny i przewaga konkurencyjna, jaką zyskuje dzięki zdobytemu know-how, natomiast dla przystępującego wartością jest współpraca z producentem, która pozwala mu budować własną przewagę konkurencyjną. Z uzasadnienia i oświadczenia wynika też zawarcie pomiędzy stronami klauzuli poufności przekazywanych informacji i oświadczenie producenta, że nie zwalnia przystępującego z niej na potrzeby tego postępowania. Przystępujący wykazał również, że zachowuje poufność informacji, przez jej zastrzeżenie u zamawiającego, ale także konsekwentne zastrzeganie dodatkowych informacji związanych z informacjami pierwotnie zastrzeżonymi jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby zatem zamawiający prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia tajemnicy w ofercie przystępującego. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę, że przystępujący przedstawił na rozprawie dodatkowy dowód pozwalający na potwierdzenie faktu, że przystępujący stale i konsekwentnie traktuje informacje przekazane mu przez producenta jako dane poufne i zastrzega je również w innych postępowaniach.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu oraz koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika

zamawiającego i obciążając kosztami uiszczanego wpisu oraz wydatków pełnomocnika zamawiającego - odwołującego.
Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o zasądzenie wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury Vat.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący.....