

Sygn. akt: KIO 3470/23

WYROK
z dnia 7 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant:

Mikołaj

Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Konsulting J. W. w Polance Wielkiej oraz B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. S. Netprint s.c. w Oświęcimiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie

przy udziale:

- A. wykonawcy Firma Handlowa Komax 9 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Praxis Łódź Pilecka i Petlak Spółka jawna z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Firma Handlowa Komax 9 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Konsulting J. W. w Polance Wielkiej oraz B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. S. Netprint s.c. w Oświęcimiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Konsulting J. W. w Polance Wielkiej oraz B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. S. Netprint s.c. w Oświęcimiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu a rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw Praxis Łódź Pilecka i Petlak Spółka jawna z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3470/23

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących” (nr ref. 184/2023/D). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 września 2023 r. pod numerem 2023/S 183-570277. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 20 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Konsulting J. W. w Polance Wielkiej oraz B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. S. Netprint s.c. w Oświęcimiu, działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu (dalej jako „Odwołujący”), wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz

zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Praxis Łódź Pilecka i Petlak Spółka jawna z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Przystępujący Praxis”) i Firma Handlowa Komax 9 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (dalej jako „Przystępujący Komax”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 i art. 101 ust. 1 pkt 2, ust. 4 i 5 (a contrario) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 1-2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez skutkującą naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenę oferty oraz załączników do oferty wykonawców Komax i Praxis i brak odrzucenia ich ofert, pomimo że oferty te są sprzeczne z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ i Opisie Przedmiotu Umowy (zał. 4 do SWZ) a wykonawcy ci nie wykazali równoważności zaoferowanych produktów równoważnych, to jest:

- w wypadku oferty Komax - wykonawca ten nie przedłożył żądanych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów wykonanych w oparciu o najnowsze standardy norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711-2021, ISO/IEC 24712-2021,
- w wypadku oferty Praxis oraz Komax - wykonawcy ci złożyli w ofercie (pkt 4 druku oferta) nieprawdziwe oświadczenia, iż produkty marki SAWGRASS wymienione w poz. 116-119 złożonego przez każdy z tych podmiotów formularza ofertowego (cenowego) zostały wyprodukowane seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z normą ISO 9001, choć oficjalna informacja od tego producenta wskazuje, że proces produkcji tych materiałów nie jest prowadzony zgodnie z tą normą, co oznacza, że produkty te nie spełniają wymogu ustalonego przez Zamawiającego dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Praxis i oferty wykonawcy Komax oraz dokonania ponownej oceny ofert. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym: wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego, które zostaną wykazane odpowiednimi dokumentami na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zastrzegł możliwość składania ofert na produkty równoważne do oryginalnych materiałów eksploatacyjnych (pochodzących od producenta urządzenia). Zamawiający określił szczegółowo kryteria równoważności. W zał.nr 4 do SWZ (Opis Przedmiotu Umowy - OPZ) wskazał, że pod pojęciem produkt równoważny rozumie materiał spełniający m.in. następujące kryterium (ust. 6 lit. a): jest „fabrycznie nowy, pochodzący z bieżącej produkcji, wytworzony seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z normą ISO 9001 oraz ISO 14001”. W ustępie 17 OPZ wskazano, że „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne do opisywanych przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot dostawy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego”.

Ponadto w rozdziale IV SWZ „Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych” zawarto następujące wymaganie:

„1. W przypadku zaoferowania w danej pozycji Formularza Cenowego materiałów równoważnych dla potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego, dla każdej pozycji, w której materiał równoważny został zaoferowany - Wykonawca przedstawi wraz z ofertą zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości w postaci raportu (wyników) z wykonanych badań (testów) potwierdzających, że wydajność oferowanych materiałów równoważnych jest taka sama lub wyższa od materiału oryginalnego, przeprowadzonych zgodnie z odpowiednimi dla tych pozycji normami: 1) ISO/IEC 19752 – norma pomiarów wydajności dla kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe); 2) ISO/IEC 19798 – norma pomiarów wydajności dla kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych oraz komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe); 3) ISO/IEC 24711 – norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe); 4) ISO/IEC 24712 – norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży lub tonerów dla kolorowych drukarek atramentowych oraz komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenie posiadające komponenty drukarkowe);

2. Wszystkie powyższe badania (testy) muszą być wykonywane przez niezależny od producenta, importera i Wykonawcy podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności, posiadający certyfikat potwierdzający spełnienie przez ten podmiot normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005, w związku z czym Wykonawca załącza również do oferty certyfikat spełnienia przez powyższy podmiot normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005. Jeżeli dla różnych pozycji badania wykonywały różne podmioty, należy określić, w zakresie których pozycji dany podmiot realizował badania.”

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. W toku postępowania Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania Wykonawców uszczegółowił treść SWZ, dokonując ich oficjalnej zmiany. W wyjaśnieniach z 11.10.2023 Zamawiający wskazał, że testy przeprowadzane

przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą, na podstawie których sporządzane są raporty, mają być wykonane w oparciu o aktualnie obowiązujące normy ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711-2021, ISO/IEC 24712-2021. Ponadto w wyjaśnieniach z 6.10.2023 Zamawiający działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmienił treść specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób: Zmienia się treść rozdziału IV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia na: *„Wszystkie powyższe badania (testy) muszą być wykonywane przez niezależny od producenta, importera i Wykonawcy podmiot zajmujący się poświadczeniem zgodności, posiadający certyfikat potwierdzający spełnienie przez ten podmiot normy PN-EN ISO/IEC 17025:2018, w związku z czym Wykonawca załącza również do oferty certyfikat spełnienia przez powyższy podmiot normy PN-EN ISO/IEC 17025:2018. Jeżeli dla różnych pozycji badania wykonywały różne podmioty, należy określić, w zakresie których pozycji dany podmiot realizował badania”*. (dowód: SWZ i załączniki, wyjaśnienia z 6.10.2023 i 11.10.2023).

Odwołujący podniósł, iż mimo tak ukształtowanych wymogów określających warunki zamówienia (warunki, jakie muszą spełnić produkty równoważne) wykonawca Praxis oraz Komax złożyli ofertę niezgodną z tymi warunkami.

W odniesieniu do obu podmiotów, tj. KOMAX i PRAXIS Odwołujący wskazał, iż w pozycjach asortymentowych 116-119 formularza ofertowego (cenowego) obie firmy zaoferowały materiały zamiennie firmy SAWGRASS (Sublijet). Zatem zgodnie z OPZ i SWZ produkty te powinny spełniać wymóg w postaci wytworzenia ich seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z normą ISO 9001 oraz ISO 14001. Co prawda Zamawiający nie wymagał wykazania dokumentem wymienionym w SWZ jako przedmiotowy środek dowodowy, iż cykl produkcyjny danych materiałów jest zgodny z normami ISO 9001 i 14001, ale żądał złożenia w tym przedmiocie oświadczenia potwierdzającego tę okoliczność w (pkt 4 druku oferta) – *vide*: wyjaśnienia Zamawiającego z 27.09.2023, to jednak, pamiętając o ust. 17 OPZ, wymóg wykazania równoważności spoczywał na wykonawcach, zaś Zamawiający nie przewidywał możliwości uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Zatem w każdym wypadku to wykonawcę obciąża obowiązek wykazania prawdziwości wszystkich swoich oświadczeń i twierdzeń, a ponadto brak obowiązku „wykazania” dokumentem posiadania przez produkt określonej cechy nie zmienia faktu, iż produkt i tak tę cechę musi posiadać, by móc być uznany za zgodny z warunkami zamówienia. Tymczasem, jak ustalili Odwołujący, firma SAWGRASS jednoznacznie zaprzeczyła, by wymienione w poz. 116-119 formularzy ofertowych produkty ich marki Sublijet były produkowane w procesie zgodnym z normą ISO 9001. Zatem obaj wymienieni wyżej wykonawcy nie tylko złożyli niezgodne z prawdą oświadczenia wpływające na wyniki postępowania i decyzje Zamawiającego, ale też w istocie nie spełnili wymagań określonych w warunkach zamówienia (SWZ i OPZ), gdyż zaoferowali produkty niespełniające tego wymogu.

Ponadto w odniesieniu do oferty firmy Komax Odwołujący podniósł zarzut, że choć co prawda przedmiotowe środki dowodowe składane przez tego wykonawcę zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, to tym niemniej bazując na wiedzy z innych postępowań (w których zamawiający odtajniali owe dokumenty), Odwołujący wie, że dla zaoferowanych w tym postępowaniu przez Komax produktów równoważnych ich producent nie dysponuje raportami z testów (badań) wykonanych w oparciu o najnowsze normy ISO/IEC powołane w zmodyfikowanych wymaganiach SWZ (modyfikacja nastąpiła w wyniku pytań wykonawców) tj.: ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711-2021, ISO/IEC 24712-2021. Odwołujący nie zna treści utajnionych przedmiotowych środków dowodowych, ale jedyne dwa rozwiązania tej sytuacji są takie, iż albo Komax nie przedłożył w ogóle raportów z testów, albo przedłożył raporty wykonane w oparciu o nieaktualne normy ISO. Z podobną sytuacją Odwołujący spotkał się w postępowaniu zorganizowanym przez Jednostkę Wojskową numer 2063 z siedzibą przy u. Banacha 2, w Warszawie, nr sprawy 39/23, gdzie Zamawiający na tej właśnie podstawie odrzucił ofertę Komax, przy czym przynajmniej w jednej pozycji zaoferowane tam materiały równoważne pokrywają się z materiałami oczekiwanymi w niniejszym postępowaniu. (pozycja 31. cz.I – JW2063 oraz pozycja 53. - 3RBLog). (Dowód: oferta Praxis z załącznikami, oferta Komax z załącznikami, wiadomości email wymienione z producentem – SAWGRASS, wyjaśnienia SWZ z 27.09.2023, informacja o odrzuceniu, wraz z uzasadnieniem, oferty Komax z dn. 25.09.2023 r.). Jako dodatkową argumentację w zakresie obowiązku przedłożenia raportów z testów sporządzonych w oparciu o aktualne normy ISO przeznaczone do badania wydajności wkładów drukujących, Odwołujący wskazał na wyrok KIOz dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 r. sygn. akt V Ca 1311/02), dotyczące wykładni wyjaśnień do SWZ, które wiążą zamawiającego i uczestników przetargu. Odwołujący podniósł, iż choć tylko część wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w niniejszej sprawie (wyjaśnienia ujęto w 3 odrębnych dokumentach, powołanych powyżej) została oddana w zmienionych postanowieniach SWZ, to i tak wszystkie udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia należy traktować jako zmianę wymogów SWZ.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Wykonawca Praxis Łódź Pilecka i Petlak Spółka jawna z siedzibą w Łodzi w piśmie z dnia 4 grudnia 2023 r. złożył sprzeciw wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Przystępujący Praxis wskazał, iż *śtotny* z punktu widzenia niniejszej sprawy jest fakt, że oświadczenie składane przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu dotyczące wytwarzania

materiałów eksploatacyjnych w cyklu produkcyjnym zgodnym z normami ISO 9001 oraz ISO 14001 dotyczyło tylko i wyłącznie produktów równoważnych, co wynika wprost z treści oświadczenia zamieszczonego w ust. 4 załącznika nr 1 do SWZ stanowiącego wzór oferty: „Oświadczam (w przypadku zaferowania produktów równoważnych), że proces produkcji oferowanych produktów równoważnych jest zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi.” Zamawiający w treści SWZ rozdział IV ust. 10 wskazał: „Wszelkie zapisy zawarte w specyfikacji warunków zamówienia wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami „lub równoważne”. Nazwy własne są jedynie przykładowe, nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca, oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych i jakościowych, określonych przez Zamawiającego w specyfikacji, jako parametry równoważności. Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na Wykonawcy.” Ponadto, Zamawiający w OPZ stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, odniósł się również do kwestii równoważności, wskazując w ust. 15: „Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na materiały eksploatacyjne równoważne pod warunkiem, że produkty te posiadają identyczne lub lepsze parametry w odniesieniu do produktów oryginalnych – wykonanych przez producenta urządzeń i nie powodują negatywnych objawów i wyświetlania ostrzegawczych komunikatów.” W ust. 6 lit d) OPZ, Zamawiający wskazał ponadto: „6. Zamawiający pod pojęciem „produkt równoważny” rozumie produkt: d) posiadający nie gorsze parametry eksploatacyjne (m.in. równomierność pokrycia, rozdzielczość druku, wydajność, niezawodność, zakres temperatur przechowywania kolor i nasycenie barw) niż oryginalne (wyprodukowane przez producenta urządzeń) materiały eksploatacyjne;”

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że za produkt równoważny w postępowaniu, Zamawiający uznaje produkt, który jest niejako „odpowiednikiem”, „zamiennikiem” oryginału. Oznacza to, że aby w ogóle rozpatrywać kwestię równoważności, koniecznym jest, aby producent oferował dane rozwiązanie, dany produkt. W tym przypadku koniecznym jest, aby Ricoh produkował tusze sublimacyjne do drukarki GXE3300N. W sytuacji, gdy oryginał nie jest produkowany przez producenta, nie sposób stwierdzić w odniesieniu do jakich parametrów eksploatacyjnych oferowany przez Wykonawcę produkt miałby być równoważny. W powyższym zakresie Odwołujący zwrócił też uwagę na treść załącznika nr 2 do SWZ, gdzie Zamawiający w poszczególnych pozycjach, poza modelem sprzętu, do którego dane materiały eksploatacyjne mają być przeznaczone wskazywał na model danych materiałów eksploatacyjnych, np. w pozycja 3 załącznika nr 2 do SWZ: „Bęben do urządzenia wiel. Panasonic MB 2025, MB 2030 (KX FAD 412E). Oryginalny lub równoważny.” Jak wynika z powyższego urządzenie to urządzenia wiel. Panasonic MB 2025, MB2030: . Natomiast wskazany oryginalny bęben to: 321062/?gad_source =1&gclid=CjwKCAiApaarBhB7EiwAYiMwqgeYb1JlzQaZblXx4tqw9bxP0gw75WmNSAtuOz6fA4vxaAr6dOdURoCpu4QAvD_BwE. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający w treści załącznika wskazał jednocześnie nazwę i model urządzenia, ale także jednoznacznie określił model oryginalnego materiału eksploatacyjnego producenta do tego urządzenia.

Przystępujący Praxis wskazał ponadto na opis pozycji, w zakresie których Odwołujący podnosi zarzuty w odniesieniu do oferty Praxis. Zamawiający w pozycjach tych wskazał: „116. Tusz sublimacyjny RICOH BLACK GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 117. Tusz sublimacyjny RICOH CYAN GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 118. Tusz sublimacyjny RICOH MAGENTA GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 119. Tusz sublimacyjny RICOH ŻÓŁTY GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. Co istotne, wskazane przez Zamawiającego oznaczenia RICOH GXE3300N, to nie model tuszu sublimacyjnego, a model urządzenia. W tym zakresie Przystępujący przedstawił dowód w postaci karty urządzenia. Z treści przedstawionego dokumentu wynika ponadto, że do urządzenia producent przewiduje oryginalne materiały eksploatacyjne: „Ricoh - tusz żelowy 405688 (black) GC-31K, Ricoh - tusz żelowy 405689 (cyan) GC-31C, Ricoh - tusz żelowy 405690 (magenta) GC-31M, Ricoh - tusz żelowy 405691 (yellow) GC 31Y. Są to jednak jak wynika z powyższego tusze żelowe, które to nie są tuszami sublimacyjnymi. Ponadto tusze te mają swoje numery katalogowe (nazwy), niewskazane przez Zamawiającego w treści załącznika nr 2 do SWZ. Przystępujący podniósł, iż Zamawiający jako profesjonalista, z pewnością miał świadomość, że RICOH nie produkuje tuszy sublimacyjnych do ww. urządzeń, stąd też nie wskazał nr katalogowego (nazwy) tych materiałów eksploatacyjnych. Na potwierdzenie faktu, że producent w/w urządzeń, RICOH nie produkuje tuszy sublimacyjnych wymaganych przez Zamawiającego, Przystępujący złożył oświadczenie producenta RICOH, z którego wynika, że RICOH nie produkuje tuszy sublimacyjnych do swoich urządzeń. Jeżeli zatem, producent nie oferuje tuszy sublimacyjnych do danego urządzenia, to nie sposób stwierdzić do jakiego materiału eksploatacyjnego producenta, Wykonawca miałby wykazywać równoważność. Brak produktu referencyjnego i jego określonych parametrów prowadzi do wniosku, że nie istnieje możliwość wykazania równoważności oferowanego produktu. Zatem oferowany w tym zakresie produkt nie może być uznany za produkt równoważny. Przystępujący stanął na stanowisku, że w każdym przypadku oferowany w zakresie pozycji 116-119 produkt, będzie produktem oryginalnym, w zakresie którego nie ma obowiązku wykazywania równoważności. Biorąc pod uwagę fakt, że w odniesieniu do pozycji 116-119 nie zachodzi obowiązek wykazywania równoważności, a oferowanych tuszy sublimacyjnych nie można uznać za materiały eksploatacyjne równoważne, to oświadczenie z ust. 4 załącznika nr 1 do SWZ, nie odnosi się do tych właśnie pozycji, gdyż jak wskazano wcześniej z literalnej treści oświadczenia wynika, że dotyczy ono tylko i wyłącznie produktów równoważnych.

Przystępujący wskazał ponadto, iż technologia tuszy sublimacyjnych, została pierwszy raz opatentowana właśnie przez producenta Sawgrass, co daje podstawę do uznania, że produkty tego producenta są oryginałami, skoro przed ich opatentowaniem i wprowadzeniem na rynek, żaden podmiot, w tym producent urządzenia RICOH, nie opracował, ani nie opatentował tożsamej technologii. Jako dowód Przystępujący złożył oświadczenie oficjalnego dystrybutora Sawgrass oraz potwierdzenie statusu dystrybutora. Odwołujący dodał, że poza gołosłownymi oświadczeniami, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób swoich twierdzeń, w kwestii certyfikatów ISO, nie przedstawił żadnych dowodów, na ich potwierdzenie. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację nie sposób przyjąć, że zarzut Odwołującego wobec oferty Praxis jest zasadny, bowiem analiza treści dokumentów zamówienia, jak również stan faktyczny sprawy prowadzi do wniosku, że w zakresie tuszy sublimacyjnych, Wykonawca nie miał obowiązku wykazywania równoważności oferowanego produktu oraz że oświadczenie, którego podstawą jest zarzut odwołania odnosiło się do oferowanych tuszy sublimacyjnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Firma Handlowa Komax 9Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie oraz przez wykonawcę Praxis Łódź Pilecka i Petlak Spółka jawna z siedzibą w Łodzi.

Z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający w dniu 1 grudnia 2023 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, zaś Przystępujący Komax wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, w określonym terminie sprzeciwu takiego nie złożył, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w części, tj. w zakresie, w jakim zarzuty odwołania odnosiły się do oferty Przystępującego Komax. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego złożony podczas rozprawy o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie z art. 514 ust 2 ustawy Pzp 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. W ocenie Izby, kopia odwołania przekazana Zamawiającemu przez Odwołującego, pomimo że nie zawierała załączników (co nie było sporne między Stronami) nie uniemożliwiła Zamawiającemu prawidłowej oceny postawionych w odwołaniu zarzutów i przedstawiała jego pełną merytoryczną treść. Brak załączenia dokumentów, na które Odwołujący powołał się w treści odwołania, nie powodował po stronie Zamawiającego trudności w podjęciu merytorycznej decyzji, Zamawiający w oparciu o treść odwołania uznał za zasadne uwzględnienie zarzutów odwołania. Analogicznie powyższe zaniechanie nie powodowało trudności w podjęciu merytorycznej decyzji przez Przystępującego, który zdecydował się wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Ponadto okolicznością istotną w sprawie było to, iż jedynym dowodem o merytorycznej treści w zakresie podlegającym rozstrzygnięciu przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu był załącznik oznaczony nr 6c, tj. tłumaczenie przysięgłe korespondencji z przedstawicielem firmy Sawgrass (której wersje anglojęzyczne stanowiły załączniki nr 6-6b). Pozostałe załączniki, takie jak SWZ, wyjaśnienia treści SWZ, oferta Przystępującego czy karty katalogowe tuszów zaoferowanych przez Przystępującego, stanowiły dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia albo miały charakter formalny (wpis od odwołania, dokumenty wykazujące umocowanie, etc.). Nie można także tracić z oczu tego, iż zgodnie z art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (podobnie wyrok KIO z 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 491/23). Izba podczas rozprawy przekazała Zamawiającemu i Przystępującemu brakujące dowody oraz udzieliła czasu na zapoznanie się z nimi, a zatem sytuacja procesowa ww. podmiotów nie doznała uszczerbku.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści SWZ, oferty wykonawców wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z innych niż znajdujące się w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika, tj. z załączonych do odwołania dokumentów oznaczonych nr 6-6d (6, 6a, 6b – korespondencja anglojęzyczna z Sawgrass, 6d – tłumaczenie przysięgłe tej korespondencji) na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów podniesione w odwołaniu oraz z załączonych do pisma Przystępującego Praxis dokumentów (karta urządzenia RICOH GXE3300N, oświadczenie RICOH, oświadczenie oficjalnego dystrybutora Sawgrass, potwierdzenie statusu dystrybutora) na okoliczności wynikające z treści tych

dokumentów podniesione w piśmie procesowym.

Izba nie dopuściła dowodu z dokumentu złożonego przez Odwołującego na rozprawie w postaci wydruku ilustracji tuszów SubliJet. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Odwołujący przedstawił dokument zawierający anglojęzyczny tekst, na który powoływał się w trakcie rozprawy, jednakże nie przedstawił tłumaczenia tego dokumentu. Tym samym uchybił formalnym wymaganiom związanym z przedstawianiem pism i dowodów w postępowaniu odwoławczym. Ponadto nie zostało ujawnione również źródło pochodzenia tego dokumentu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących (bębny, pojemniki, tonery, tusze). Opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 2 (formularz cenowy) i 4 (opis przedmiotu zamówienia - „OPZ”) do SWZ. W pkt III.7 SWZ wskazano, iż Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia produktu równoważnego. W przypadku oferowania produktów równoważnych wykonawca w załączniku nr 2 do SWZ – Formularz cenowy podaje nazwę, oznaczenie, wydajność i producenta danego produktu równoważnego. W pkt III. 10 SWZ Zamawiający wskazał, iż wszelkie zapisy zawarte w specyfikacji warunków zamówienia wskazujące na typ, znaki towarowe lub pochodzenie przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z wyrazami „lub równoważne”. Nazwy własne są jedynie przykładowe, nie wskazują na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Wykonawca, oferując przedmiot równoważny do opisanego w specyfikacji jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów użytkowych, funkcjonalnych, gabarytowych i jakościowych, określonych przez Zamawiającego w specyfikacji, jako parametry równoważności. Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć m.in. wypełniony druk Oferta sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ oraz formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2 do SWZ, a także wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

We wzorze formularza Oferta stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ w pkt 4 zawarto oświadczenie o treści: *„Oświadczam (w przypadku zaoferowania produktów równoważnych), że proces produkcji oferowanych produktów równoważnych jest zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi.”*

We wzorze formularza cenowego (załącznik nr 2 do SWZ) zawarto m.in. następujący opis asortymentu: 116.Tusz sublimacyjny RICOH BLACK GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 117.Tusz sublimacyjny RICOH CYAN GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 118. Tusz sublimacyjny RICOH MAGENTA GXE3300N. Oryginalny lub równoważny. 119. Tusz sublimacyjny RICOH ŻÓŁTY GXE3300N. Oryginalny lub równoważny.

W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ Zamawiający wskazał m.in.w pkt 2, iż oferowane wyroby muszą być fabrycznie nowe, nie regenerowane, pochodzić z bieżącej produkcji tj. wyprodukowane nie wcześniej niż 2023 r., sprawne technicznie i gotowe do pracy. W pkt 5 wskazano, iż Zamawiający dopuszcza produkty równoważne (tzw. zamienniki) tzn. inne niż produkty pochodzące od producenta sprzętu pod warunkiem, że są w pełni kompatybilne z urządzeniami, w których mają być zastosowane. Zgodnie z pkt 6 Zamawiający pod pojęciem „produkt równoważny” rozumie produkt: a) fabrycznie nowy, pochodzący z bieżącej produkcji, wytworzony seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z normą ISO 9001 oraz ISO 14001” (...),d) posiadający nie gorsze parametry eksploatacyjne (m.in. równomierność pokrycia, rozdzielczość druku, wydajność, niezawodność, zakres temperatur przechowywania, kolor i nasycenie barw) niż oryginalne (wyprodukowane przez producenta urządzeń) materiały eksploatacyjne.” W pkt 15 wskazano, iż Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na materiały eksploatacyjne równoważne pod warunkiem, że produkty te posiadają identyczne lub lepsze parametry w odniesieniu do produktów oryginalnych – wykonanych przez producenta urządzeń i nie powodują negatywnych objawów i wyświetlania ostrzegawczych komunikatów. Z kolei zgodnie z pkt 17 Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne do opisywanych przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot dostawy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym Odwołującego i obu Przystępujących. Przystępujący Praxis w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) wskazał m.in. w poz. 116 „TUSZ SUBLIMACYJNY DO RICOH GXE3300N BLACK” producenta Sawgrass SubliJet, wpoz. 117 „TUSZ SUBLIMACYJNY DO RICOH GXE3300N CYAN” producenta Sawgrass SubliJet, w poz. 118 „TUSZ SUBLIMACYJNY DO RICOH GXE3300N MAGENTA” producenta Sawgrass SubliJet, w poz. 119 „TUSZ SUBLIMACYJNY DO RICOH GXE3300N YELLOW” producenta Sawgrass SubliJet.

Pismem z 9 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego Komax jako najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego Praxis była druga w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w

granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 5 i 6 i art. 101 ust. 1 pkt 2, ust. 4 i 5 (a contrario) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 1-2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez skutkującą naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenę oferty oraz załączników do oferty wykonawcy Praxis i brak odrzucenia jego oferty, mimo że jest sprzeczna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ i OPZ, a Przystępujący Praxis nie wykazał równoważności zaoferowanych produktów równoważnych, to jest złożył w ofercie (pkt 4 druku oferta) nieprawdziwe oświadczenie, iż produkty marki SAWGRASS wymienione w poz. 116-119 złożonego formularza ofertowego (cenowego) zostały wyprodukowane seryjnie w cyklu produkcyjnym zgodnym z normą ISO 9001, choć oficjalna informacja od tego producenta wskazuje, że proces produkcji tych materiałów nie jest prowadzony zgodnie z tą normą, co oznacza, że produkty te nie spełniają wymogu ustalonego przez Zamawiającego dla wszystkich oferowanych produktów równoważnych.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 99 ust. 5 ustawy Pzp wskazuje, iż Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ust. 6 tego przepisu stanowi, iż jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Zgodnie z art. 101 ust. 4 i 5 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne". W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, 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, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą, zaś w myśl ust. 2 jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, iż w orzecznictwie podkreśla się, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Możliwość odrzucenia oferty z tego powodu warunkowana jest precyzyjnym i jednoznacznym określeniem wymagań przez zamawiającego. Innymi słowy, podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasne i klarowne. Negatywne konsekwencje względem wykonawców mogą zostać wywiedzione tylko wtedy, gdy treść dokumentów zamówienia nie budzi uzasadnionych wątpliwości. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zgodnie z zasadą przejrzystości wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia muszą być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., *Connexion Taxi Services*, C-171/15, pkt 40, wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., *RTS infra BVBA* C-387/19, pkt 35). Stwierdzenie wątpliwości czy niespójności co do treści dokumentów zamówienia powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Zasadą jest, że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy kształtowaniu treści dokumentów

zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2020/21, wyrok KIO z dnia 13 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1087/22, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2721/22).

Powyższa okoliczność miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, Izba stwierdziła bowiem w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, iż opis asortymentu zawarty w poz. 116-119 formularza stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ nie był precyzyjny – nie identyfikował w sposób prawidłowy produktu oryginalnego, z którym należałoby porównać produkt oferowany jako zamiennik (produkt równoważny). Na taką okoliczność wskazuje po pierwsze fakt, iż Zamawiający w opisie asortymentu w ww. pozycjach nie wskazał konkretnego kodu produktu oryginalnego. Zamawiający wskazał na „Tusz sublimacyjny RICOH GXE3300N”, gdzie oznaczenie „RICOH GXE3300N” identyfikowało urządzenie, a nie tusze do tego urządzenia. Na powyższe wskazano w piśmie Przystępującego, a prawidłowość tego stanowiska nie była przez Odwołującego podważana. Okoliczność, iż firma Ricoh posługuje się indywidualnymi kodami produktów dla oferowanych tuszów (żelowych) potwierdza złożony przez Przystępującego wraz z pismem procesowym dowód w postaci karty urządzenia RICOH GXE3300N (fakt ten nie był przez Odwołującego kwestionowany). Po drugie, Przystępujący Praxis za pomocą dowodu z dokumentu w postaci oświadczenia firmy Ricoh Polska Sp. z o.o., wykazał, iż firma Ricoh nie produkuje tuszów, które byłyby „tusze sublimacyjnymi”, a to na takie tusze wskazano w opisie asortymentu w poz. 116-119 formularza cenowego. Okoliczność ta również nie została przez Odwołującego podważona. Odwołujący nie podjął też polemiki z argumentacją Przystępującego prezentowaną na rozprawie, który opisał różnice pomiędzy tuszami żelowymi (produkowanymi przez Ricoh) a tuszami sublimacyjnymi. W ocenie Izby słusznie podnosił Przystępujący Praxis, iż *„aby w ogóle rozpatrywać kwestię równoważności, koniecznym jest, aby producent oferował dane rozwiązanie, dany produkt. W tym przypadku koniecznym jest, aby Ricoh produkował tusze sublimacyjne do drukarki GXE3300N. W sytuacji, gdy oryginał nie jest produkowany przez producenta, nie sposób stwierdzić w odniesieniu do jakich parametrów eksploatacyjnych oferowany przez Wykonawcę produkt miałby być równoważny.”* Na powyższe kwestie wskazał w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia także wykonawca Komax. Podniósł on, iż *„postawiona teza jakoby żele sublimacyjne Sawgrass były materiałami równoważnymi jest całkowicie chybiona. (...) W poz. 116-119 zamawiający wskazał jedynie urządzenie „Ricoh GXE3300N” oraz opis „tusz sublimacyjny”. Taki zapis jest właściwy i dla profesjonalnych wykonawców czytelny. Mają oni wiedzę, że producent Ricoh nie produkuje tuszy sublimacyjnych do przedmiotowego urządzenia drukującego. Nie istnieje zatem produkt „oryginalny” Ricoh, ani tym samym wzorcowy, dla którego należałoby oferować produkt równoważny.”*

Odwołujący do stanowiska Przystępującego Komax również się nie odniósł. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, które wskazywałyby, że na rynku istnieją tusze sublimacyjne marki Ricoh bądź, że za takie tusze profesjonalny uczestnik rynku powinien uznać tusze żelowe marki Ricoh o numerach katalogowych wskazanych w karcie urządzenia RICOH GXE3300N (dowód Przystępującego) lub innych. Ponadto Odwołujący nie podważył okoliczności wynikających ze złożonego przez Przystępującego Praxis oświadczenia dystrybutora tuszów sublimacyjnych zaoferowanych przez Przystępującego, tj. że są to tusze uznawane jako oryginalne przez firmę Ricoh (a producent uznaje gwarancję drukarek tylko przy stosowaniu tuszów do sublimacji marki Sawgrass). Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód mający wskazywać na nieuznawanie tych tuszów przez producenta Ricoh nie został przez Izbę włączony do materiału dowodowego sprawy z uwagi na brak przedstawienia tłumaczenia na język polski oraz brak źródła pochodzenia ilustracji.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – wobec braku kontrargumentacji i przeciwdowodów ze strony Odwołującego - dawał podstawy do uznania, że opis asortymentu zawarty w poz. 116-119 formularza cenowego został sporządzony nieprecyzyjnie i nie definiował w sposób prawidłowy produktu, który należałoby uznać za oryginalny. Skoro zaś trudno jest na podstawie dokumentów zamówienia zidentyfikować jednoznacznie produkt oryginalny, to po pierwsze brak jest możliwości przesądzenia, czy Przystępujący Praxis zaoferował zamiennik, a po drugie brak jest także substratu, z którym należałoby porównać produkt równoważny – by ustalić czy zaoferowano produkt o identycznych lub lepszych parametrach. Cała zaś argumentacja Odwołującego opierała się na tym, że Przystępujący zaoferował materiały zamiennne, które nie spełniają wymaganych parametrów równoważności. Co prawda nie jest sporne, że Zamawiający wymagał, aby proces produkcji oferowanych produktów równoważnych był zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi, niemniej w zakresie spornych pozycji formularza cenowego brak jest możliwości zidentyfikowania jaki produkt jest produktem oryginalnym, a jaki równoważnym. Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że wymaganie, aby proces produkcji oferowanych produktów równoważnych był zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi Zamawiający postawił wyłącznie w odniesieniu do oferowanych produktów zamiennych, analogicznego obowiązku nie przewidziano w SWZ dla produktów oryginalnych. Tym samym, skoro na gruncie SWZ nie jest możliwe ustalenie jaki produkt Zamawiający uznawał za oryginalny, a co za tym idzie nie jest możliwe ustalenie również czy jego proces produkcji był zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi, to nie sposób obciążać wykonawców obowiązkiem wykazania spełnienia tego wymagania w przypadku zaoferowania w poz. 116-119 asortymentu zamiennego.

W rozpoznawanej sprawie podkreślić także należy, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem

kontradictoryjnym, co oznacza, że jego wynik zasadniczo determinowany jest inicjatywą dowodową stron i uczestników postępowania. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To na Odwołującym jako na podmiocie, który inicjował spór i wskazywał, iż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Praxis stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania niezgodności oferty Przystępującego Praxis z warunkami zamówienia. Odwołujący jednak ograniczył swoją argumentację do wyrażenia tezy, że produkty zaoferowane przez Przystępującego Praxis nie były produkowane w procesie zgodnym z normą ISO 9001, a przy tym w żaden sposób nie odparł stanowiska Przystępującego Praxis i Komax wskazującego na wadliwość opisu zawartego w dokumentach zamówienia, nie zakwestionował załączonych do pisma Przystępującego Praxis dowodów, nie złożył dowodów przeciwnych. Załączona do odwołania korespondencja z przedstawicielem firmy Sawgrass, która dotyczy spełnienia wymagań obowiązujących dla produktów równoważnych, nie ma wpływu na ustalenia poczynione przez Izbę w zakresie niedostatecznie precyzyjnego opisu asortymentu w poz. 116-119. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż zapytanie Odwołującego skierowane do Sawgrass nie odnosiło się w ogóle do kwestii spełnienia norm równoważnych, podczas gdy zgodnie z pkt 4 Oferty proces produkcji oferowanych produktów równoważnych miał być zgodny z normami ISO 14001 oraz 9001 lub normami równoważnymi. Brak jest też możliwości ustalenia na podstawie załączonej do odwołania korespondencji, jakie „certyfikaty zgodności” przekazano Odwołującemu. Tym samym analiza zaprezentowana w odwołaniu w tym zakresie nie była kompleksowa.

W tym stanie rzeczy, kierując się zasadą kontradictoryjności postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Przystępującego Praxis wnoszącego sprzeciw kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Przystępującego Praxis z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: