

## WYROK

z dnia 31 sierpnia 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **30 sierpnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **16 sierpnia 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców: **J.W., B.S. jako wspólnicy spółki cywilnej „NETPRINT s.c., J. Wasiela, B. Szostak’** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa tuszy i tonerów* (ZP 16/III/23), w zadaniu nr 2 pn. *Tusze, tonery, bębny oraz materiały eksploatacyjno-techniczne do sprzętu informatycznego dla st. łączności*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 31 Baza Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu-Krzesinach** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołujących, a przy powtórnym badaniu ofert uwzględnienie okoliczności, że żądanie złożenia dla wkładów atramentowych z poz. 136-140 i 147-151 formularza cenowego raportów wydanych przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzających wydajność mierzoną zgodnie z normami ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 jako dokumentów przedmiotowych jest bezprzedmiotowe.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

## Uzasadnienie

31 Baza Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu-Krzesinach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Dostawa tuszy i tonerów* (ZP 16/III/23).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 kwietnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00196826.

Wartość tego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

11 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 2 pn. *Tusze, tonery, bębny oraz materiały eksploatacyjno-techniczne do sprzętu informatycznego dla st. łączności* oraz odrzuceniu w tej części zamówienia oferty złożonej wspólnie przez J.W. i B.S. jako wspólników spółki cywilnej „NETPRINT s.c., J. Wasiela, B. Szostak {dalej również: „Netprint”}.

16 sierpnia 2023 r. Netprint {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 6 i art. 101 ust. 6 (*a contrario*) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 1-3 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, polegające na skutkującej naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenie oferty Netprintu i załączników do niej, pomimo jej zgodności z warunkami tego zamówienia, w tym sprostania wymogowi wykazania równoważności zaoferowanych produktów innych niż oryginalne producenta, z uwagi na przedstawienie dla wszystkich produktów równoważnych w pozycjach 1-156 formularza cenowego, dla których producent materiałów oryginalnych podaje referencyjną wydajność w postaci liczby możliwych do uzyskania wydruków lub kopii, wymaganych w rozdz. III ust. 6 SWZ przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów przeprowadzonych zgodnie z normami

ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 dla wkładów atramentowych, a nieprzedstawienie ich dla materiałów równoważnych dla produktów oryginalnych do drukarek wielkoformatowych marki Epson wynika z tego, że producent ten podaje referencyjną wydajności w oparciu nie o liczbę wydruków, a pojemność wkładu, co powoduje, że przedłożenie takiego przedmiotowego środka dowodowego dla asortymentu z poz. 136-140,147-151 nie pozwoliłoby na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Unieważnienia odrzucenia oferty Netprintu.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert.

Odwolujący dodatkowo sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Zamawiający zastrzegł możliwość składania ofert na produkty równoważne oryginalnym materiałom eksploatacyjnym (pochodzących od producenta urządzenia), pod warunkiem spełnienia szczegółowo określonych kryteriów równoważności

W pozycjach formularza cenowego nr 136-140,147-151 przedmiot zamówienia została opisany jako wkłady do drukarek wielkoformatowych marki Epson ze wskazaniem oznaczenia oryginalnego materiału eksploatacyjnego tego producenta.

Jednocześnie zgodnie z brzmieniem postanowienia zawartego w rozdziale III ust. 6 pkt 2.2 SWZ*Dla zadania nr 2: dla każdego zaoferowanego produktu równoważnego w pozycjach od 1 do 156 formularza cenowego Wykonawca ma przedłożyć wraz z ofertą raporty wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 dla wkładów atramentowych.*

Epson jako producent oryginalnych wkładów w ogóle nie określa ich wydajności tych mierzonej w liczbie możliwych do uzyskania stron wydruków, ale podaje jedynie pojemność wkładu w mililitrach [jako dowód załączono wydruk korespondencji mailowej].

Z kolei normy ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 dla wkładów atramentowych służą do badania wydajność wkładów drukujących pod względem liczny możliwych do wydrukowania stron. Normy te nie określają, jaka ma być wydajność wkładów, a warunki przeprowadzenia badania tak rozumianej wydajności. Innymi słowy normy te służą jedynie ocenie w warunkach laboratoryjnych, przy odpowiedniej liczbie prób, ile wydruków można otrzymać z danego typu tonera czy kartdridża. Wynik badania sprowadza się więc do podania, ile stron udało się wydrukować.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołał się na pozyskanie we własnym zakresie informacji od akredytowanego przez PCA laboratorium TUV Rheinland Polska sp. z o.o., że dla wkładów do wielkoformatowych drukarek Epson z powyżej wskazanych pozycji możliwe jest wykonanie badania w oparciu o odnośną normę ISO.

Czym innym jest jednak możliwość przeprowadzenia badania (czyli zgodnie z normą drukowanie na trzech różnych drukarkach, na każdej kolejno trzech wkładów, aż do wyczerpania środka kryjącego, w odpowiednich warunkach laboratoryjnych i przy pokryciu papieru przepisana w normie gęstością wydruku), a czym innym wykorzystanie wyników takiego badania do oceny spełnienia przez produkt nieoryginalny kryterium równoważności. Nie można porównywać bowiem ze sobą dwóch różnych wielkości fizycznych. Jeżeli producent wkładu oryginalnego podaje jego wydajność wyłącznie w mililitrach pojemności zbiornika na tusz lub toner, informacja o liczbie wydrukowanych z wkładu równoważnego stron nie pozwoli na porównanie wydajności tych dwóch produktów.

Jak wynika z art. 105 ust. 1 pzp, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, ale wyłącznie w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Jeśli więc jakieś cechy lub kryterium określonego w opisie przedmiotu zamówienia lub kryterium oceny ofert nie da się potwierdzić raportem z testów lub certyfikatem, nie można żądać od wykonawcy przedłożenia takiego certyfikatu lub raportu, gdyż dowód taki jest bezprzedmiotowy.

Odwolujący nie mieli powodów, aby skarżyć powyższą treść SWZ czy wnioskować o jej wyjaśnienie.

Przed wszystkim, jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w

postępowaniu (tak w uzasadnieniu wyroku z 14 września 2022 r. sygn. KIO 2249/22, podobnie w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2618/18).

Niezależnie od tego SWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego, zaproszenie do składania ofert, które podlega wykładni. *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy wykonawcy będą w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c.* [z uzasadnienia wyroku Izby z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 503/14).

Wykonawca mógł więc zakładać racjonalne działanie Zamawiającego i uznać, że w istocie nie musi przedkładać w odniesieniu do konkretnego produktu przedmiotowych środków dowodowych, które nie są w stanie wykazać żądanej cechy. Natomiast co do zasady, tam gdzie producenci produktów oryginalnych podają ich wydajność mierzoną w liczbie wydruków (zdecydowana większość), przedmiotowy środek w postaci raportów z testów był w pełni uzasadniony.

Należało zatem dokonać racjonalnej wykładni SWZ racjonalnej, zgodnej z treścią art. 105 ust. 1 pzp i ogólną zasadą obowiązku wykazania równoważności rozwiązań zamiennych, przyjmując, że równoważności tej nie wykaże się w stosunku do wkładów, co do których producent oryginału podaje wydajność w mililitrach (pojemności) przez przedłożenie raportu wskazującego liczbę wydrukowanych stron. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku spełniać wszystkich, nawet nieracjonalnych czy niezgodnych z prawem oczekiwań Zamawiającego, a jedynie takie, które uzasadnione są jego interesem. Egzekwowanie wykonania takiego obowiązku w sposób nieuprawniony dyskryminuje wykonawcę, od którego się tego oczekuje.

W odpowiedzi na odwołanie z 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający generalnie w sposób zbieżny z odwołaniem zrelacjonował dotychczasowy przebieg prowadzonego postępowania, w tym podał brzmienie istotnych dla sprawy postanowień SWZ i opisał przebieg badania oferty Netprintu, a także przedstawił argumentację, jak to poniżej zrelacjonowano.

Kierując się przepisem art. 99 ust. 6 ustawy pzp dla przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał w formularzu cenowym kryteria stosowane w celu oceny równoważności, tj. „lub równoważny o wydajności nie mniejszej...”, „lub równoważny o pojemności...” oraz w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 w pkt 8 i 11 zawarł w szczególności następujące postanowienie: *W przypadku produktów równoważnych do oryginalnych, fabrycznie nowych, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia produktów o parametrach takich samych lub lepszych (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do produktów oryginalnych (tzn. pochodzących od producenta urządzenia, do którego materiał jest kupowany), które są kompatybilne ze sprzętem wskazanym przez Zamawiającego. (...)*

Ponadto na podstawie art. 105 ust. 1 ustawy pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z powyższymi wymaganiami Zamawiający zamieścił następujące postanowienia w rozdz. III ust. 6 SWZ:

*W przypadku zaoferowania produktów równoważnych, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty, jako dokument przedmiotowy: (...)*

*Dla każdego zaoferowanego produktu równoważnego w pozycjach od 1 do 155 formularza cenowego Wykonawca: Raporty wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 dla wkładów atramentowych.*

*Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu.*

*Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do oferty wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego. Dokument o którym mowa musi odnosić się do zaoferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych. Z dokumentu musi wynikać, że wydajność zmierzona została według norm ISO/IEC 19752:2017, ISO/IEC 19798:2017, ISO/IEC 24711:2021, ISO/IEC 24712:2007. Przyznanie dokumentu Wykonawcy musi zostać poprzedzone badaniem wydajności wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych.*

*Opisane powyżej raporty z testów mają zawierać wszystkie informacje dotyczące wyników, warunków i sposobu testowania, gdzie uwzględnia się m.in. średnią ilość wydruków, odchylenie standardowe, dolną granicę przedziału ufności, datę testowania, liczbę testowanych kaset, liczbę kaset użytych do obliczeń, typ kasety, czy stosowano procedurę wstrząsania, tryb drukowania, liczbę urządzeń użytych w teście, użyty nośnik, format papieru, orientację podawania papieru, system operacyjny, oprogramowanie, wersje sterownika drukarki, wersje strony testowej, kody testowanych wkładów, numery użytych urządzeń, temperaturę, wilgotność otoczenia, sposób połączenia komputera z testową*

drukarką, zestawienie wydajności poszczególnych tonerów oferowanych przez Wykonawcę z podaniem urządzeń i warunków w jakich odbyło się badanie. Wymagane raporty muszą zostać opatrzone numerem raportu, numerem akredytacji nadanym przez PCA tj. Polskie Centrum Akredytacji (krajową jednostkę akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie ustawy z dnia 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.1854 ze zm.) i jednocześnie dającą możliwość sprawdzenia na stronie PCA <https://www.pca.gov.pl/akredytowane-podmioty>.

W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych w formularzu cenowym dla zadania nr 1 i 2 Wykonawca zobowiązany jest złożyć także:

1. Certyfikaty potwierdzające, że proces produkcyjny i dystrybucji oferowanych materiałów przebiega zgodnie z normą ISO 14001:2015 oraz 9001:2015.
2. Pisemne oświadczenie Wykonawcy, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne nie naruszają praw własnościowych i patentowych producenta urządzeń drukujących do których zostały przeznaczone oraz że ich używanie nie spowoduje utraty praw gwarancyjnych, że są one dopuszczone do obrotu na terytorium Polski – według załącznika nr 5.

Zgodnie z art. 105 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający zaakceptuje certyfikaty/raporty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Ponieważ Netprint zaoferował produkty równoważne, ale wraz z ofertą nie złożył wszystkich wymaganych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wezwał go 15 maja 2023 r. do uzupełnienia brakujących przedmiotowych środków dowodowych – m.in. właśnie dla poz. 136-140,147-151 – tj. dokumentów, o których mowa w pierwszej kolejności w rozdziale III ust 6 SWZ dla zadania nr 2.

18 maja 2023 r. w odpowiedzi na to wezwanie Netprint złożył wyjaśnienia, oświadczenie oraz korespondencję z Epsonem jako producentem ploterów oraz oryginalnych wkładów atramentowych. Z ich treści wynika, że dla drukarek wielkoformatowych nie są przeprowadzane testy wydajnościowe pod kątem spełnienia norm ISO/IEC 24711 oraz ISO/IEC 24712.

Zamawiający, który zwrócił się do podmiotu uprawnionego do kontroli jakości –TUV Rheinland Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o ustosunkowanie się do tego twierdzenia, uzyskał w odpowiedzi informację, że zgodnie normą ISO/IEC 24711 oraz ISO/IEC 24712 można przeprowadzić testy również dla wielkoformatowych drukarek.

Przywołane oświadczenie nie jest wiarygodne, gdyż Epson nie jest twórcą wskazanej normy, dodatkowo nie jest instytucją niezależną, która może obiektywnie ocenić, czy w ramach danej normy urządzenie drukujące można poddać badaniu czy też nie.

Wskazana norma ISO/IEC 24711:2021 (ISO/IEC 24712:2007 określa wzory stron testowych) pełni rolę informacyjną i służy do określenia wydajności, czyli liczby wydrukowanych stron przy użyciu danego pojemnika z tuszem i według wiedzy Zamawiającego nie określa ona, że należy ją porównywać z deklarowaną przez producenta dla danego pojemnika z tuszem liczbą wydrukowanych stron.

Test przeprowadzony przez akredytowane laboratorium zgodnie z wymienioną normą umożliwia Zamawiającemu dokładne ustalenie, jaką wydajność posiadają pojemniki z tuszem. W przypadku kiedy producent określa wydajność danego pojemnika z tuszem w liczbie wydrukowanych stron, dla Zamawiającego jest potwierdzeniem, że toner zamiennik posiada wydajność nie gorszą niż oryginał.

Natomiast w przypadku, gdy producent podaje wyłącznie pojemność określoną w mililitrach, test wykonany zgodnie ze wskazaną normą ma charakter informacyjny, czyli zbieżny z celem w jakim została stworzona norma.

Zgodnie ze wskazaną normą test należy przeprowadzić na trzech urządzeniach zużywając po 3 pojemniki z tuszem dla każdego urządzenia. Łącznie w ramach testu zostanie sprawdzonych 9 pojemników z tuszem zamiennym. Istotne jest, że test tonera jest przeprowadzany na takim samym urządzeniu jak urządzenie do którego ma być przeznaczony. W sytuacji wystąpienia uszkodzenia urządzenia podczas testu raport przedstawiany przez akredytowane laboratorium zawiera w tym zakresie stosowną informację.

Dla Zamawiającego jest to bardzo ważna informacja, która potwierdza że tusz zamiennik został sprawdzony przez niezależne akredytowane laboratorium nie tylko pod kątem jego wydajności, ale również potwierdza, iż dany pojemnik z tuszem działa poprawnie w urządzeniu drukującym do którego został przeznaczony, a podczas eksploatacji nie wpływa na urządzenie w sposób negatywny.

Reasumując, postawiony przez Zamawiającego wymóg przeprowadzenia testu wydajności miał na celu ustalenie nie tylko wydajności tonera tj. liczby wydrukowanych stron, ale również jakości wydruku oraz przede wszystkim ustalenie, czy toner jest kompatybilny z urządzeniem w którym ma być zainstalowany, czyli czy działa poprawnie.

Jak trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu orzeczenie w sprawie sygn. akt KIO 22/23:*Jakiegokolwiek odstępowstwa w działaniu wykonawców czy też Zamawiającego od zasad postępowania o udzielenie zamówienia, w tym tych ukształtowanych w dokumentach zamówienia przez samego Zamawiającego musi zostać ocenione negatywnie.* Takie

samo stanowisko wykazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1847/23.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w sposób równy i transparentny traktował wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, co potwierdza dopuszczenie produktów równoważnych. Wymóg raportu z testu wydajności wynikał zaś z obiektywnej potrzeby Zamawiającego tj. pozyskania bardzo wysokiej jakości i wydajności tonera.

Przepis art. 99 ust. 6 ustawy pzp nakazując wskazanie kryteriów równoważności odnosi się wyłącznie do znaków towarowych, które charakteryzują produkty danego producenta. Nie ma takiego odniesienia w przypadku norm.

Kwestia opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą norm została rozstrzygnięta w art. 101 ustawy pzp w ten sposób, że jeżeli zamawiający odwołujący się do norm, jest zobowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne tym opisanym za pomocą norm – co Zamawiający uczynił w rozdz. III ust. 6 SWZ.

Wykonawca oferując przedmiot zamówienia, który nie spełnia wskazanych w ten sposób norm, powinien poinformować Zamawiającego o oferowanych rozwiązaniach równoważnych. Dodatkowo z art. 101 ust. 6 pzp, wynika wymaganie wykazania (udowodnienia) w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że zastosowane przez wykonawcę rozwiązania są istotnie równoważne, czyli. spełniają wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia dla danego rozwiązania.

Zgodnie z komentarzem do Prawa zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza rozwiązanie równoważne musi być wskazane w ofercie i udowodnione. Zwrócił na to uwagę TSUE, stwierdzając, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo, zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Sprawdzenie i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą bowiem mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby już na tym etapie dysponował on dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

Na uwagę zasługuje fakt, że 4 maja 2023 r. Netprint zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, w następującym brzmieniu:

*W rozdziale III (Opis przedmiotu zamówienia) ustępie 6 (str. 3 SWZ) Zamawiający wskazał, jakich dokumentów wymaga w wypadku złożenia oferty zawierającej produkty równoważne. Z informacji tych wynika, że w zakresie wykazania zgodności produktów Zamawiający wymaga złożenia: „Raporty wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (w rozumieniu definicji podmiotu uprawnionego do kontroli jakości określonej w ppkt. 1) potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2017 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798:2017 dla tonerów kolorowych ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 dla wkładów atramentowych.*

*Raport z testów stanowi informację wyłącznie o wydajności danych produktów.*

*W naszej ocenie, oczekiwanie przez Zamawiającego wylegitymowania się przez wykonawców raportami z testów dla oferowanych produktów równoważnych jest w pełni uzasadnione, a wręcz - przy dzisiejszym poziomie różnic w standardach oferowanych na rynku produktów – konieczne jeśli Zamawiający chce mieć obiektywną i wiarygodną gwarancję ich wydajności.*

*Odrębnym dokumentem jest natomiast certyfikat wystawiony przez uprawniony podmiot akredytowany, który to dokument jest dodatkowo gwarancją, że wyrób, proces i miejsce produkcji przedmiotu kontroli zostało zweryfikowane przez jednostkę niezależną i produkt spełnia wymogi norm lub cechy deklarowane przez producenta. Certyfikat jest zatem dokumentem, który – w przeciwieństwie do samego raportu z testów – potwierdza także „jakość” oferowanych produktów. Zaznaczamy, że sam certyfikat ogólny nie może zastąpić raportu z testów gdyż sam w sobie nie zawiera informacji o wydajności produktu, nawet jeżeli certyfikat dotyczy przeprowadzenia badania zgodnie z normą wydajnościową.*

*Czy zatem z interesie Zamawiającego nie jest zmiana w zakresie żądanych przedmiotowych środków dowodowych i doprecyzowanie, iż Zamawiający oprócz raportów z testów żąda także certyfikatu wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości dający gwarancję, że oferowany produkt oraz jego proces wytwarzania są badane i nadzorowane przez niezależną od producenta danego wyrobu jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację wydaną przez PCA tj. Polskie Centrum Akredytacji (krajową jednostkę akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie ustawy z dnia 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 514) i jednocześnie dający możliwość sprawdzenia na stronie PCA (<https://www.pca.gov.pl/akredytowane-podmioty/akredytacje-aktywne/jednostki-certyfikujace-wyroby/>)?”*

Wykonawca w zadany pytanie poparł Zamawiającego w zasadności żądania określonych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych, tj. raportów z przeprowadzonych badań, pomimo tego, że już w marcu br., czyli przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania posiadał oświadczenie producenta Epson o nieprzeprowadzaniu testów wydajnościowych pod kątem spełnienia norm ISO/IEC 24711 oraz (lub równoważnej) dla oryginalnych tuszy.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 34/15 Izba podkreśliła, że ...w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest potrzeba współdziałania stron w trakcie postępowania. Za nieprawidłową należałoby uznać praktykę, kiedy strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamiast współpracować, będą „czyhały” na błędy, czy nieścisłości w działaniu drugiej strony i składały w tym zakresie odwołania w sytuacji, kiedy dla odczytania intencji drugiej strony wystarczyłoby tylko tę drugą stronę poprosić o wyjaśnienia...

Na obowiązek współdziałania stron w trakcie prowadzonego postępowania, a przede wszystkim wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zwrócił również uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13, w szczególności, że uwzględniając zawodową staranność wymaganą od wykonawcy jako profesjonalisty, przy wykonywaniu zobowiązania (art. 355 § 2 k.c.) wymaga się większej niż powszechna staranność, a w szczególności zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie potrzebnych informacji w tym celu, aby złożyć prawidłową ofertę i w konsekwencji w sposób prawidłowy wykonać zamówienie.

Zaniechanie skorzystania w toku postępowania z prawa do wniesienia odwołania uniemożliwia przywrócenie terminu na dalszym etapie procedury. Nie ulega wątpliwości, że okoliczność stanowiąca podstawę do jego wniesienia Odwołujący powziął 28 kwietnia 2023 r., bezpośrednio po ogłoszeniu postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Reasumując, powyższe postanowienia SWZ, wyjaśnienia treści SWZ oraz informacje uzyskane od akredytowanego laboratorium prowadzą do wniosku, że obowiązkiem wykonawców, którzy zdecydowali się zaoferować równoważne materiały eksploatacyjne, było złożenie wraz z ofertą wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

#### **Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:**

Oдноśne postanowienia SWZ adekwatnie zostały opisane w odwołaniu lub wręcz zacytowane w odpowiedzi na odwołanie, co zostało odzwierciedlone już powyżej, więc nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania. W ramach podsumowania, co wynika z tych postanowień SWZ, konieczne jest jednak sprostowanie błędnego wyobrażenia Zamawiającego o znaczeniu niektórych z nich w kontekście przepisów ustawy pzp dotyczących sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, które są nadinterpretowane przez Zamawiającego.

Obszerny „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 dla służby łączności” {dalej również: „SOPZ”} [oznaczony jako załącznik nr 2 do umowy, której projekt stanowi z kolei załącznik nr 3 do SWZ] nie został sporządzony na zasadzie odniesienia się do norm, specyfikacji technicznych czy systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 2 i 3 ustawy pzp, wyszczególnionych tam hierarchicznie (od najbardziej do najmniej preferowanego systemu referencji technicznych), co zobowiązywałoby wykonawcę oferującego dostawy niekompatybilne z systemem referencji technicznych, do którego odwoływałby się taki opis, do udowodnienia w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że proponowane przez niego rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, jak to wynika z art. 101 ust. 5 ustawy pzp. Zresztą, jak Zamawiający sam skonstatował w odpowiedzi na odwołanie, dopisek „lub równoważny” w każdej ze 174 pozycji asortymentowej wyszczególnionych w tabeli załącznika nr 4 do SWZ, które zostały opisane przez odwołanie się do znaków towarowych, stanowi wyłącznie uczynienie zadość związanemu z tym wymaganiu określonym w przepisie art. 99 ust. 5 ustawy pzp. Natomiast nie ma żadnego związku z przepisem art. 101 ust. 4 ustawy pzp, który również nakazuje stosowanie takiego dopisku, gdy opis przedmiotu zamówienia został dokonany właśnie przez odniesienie się do systemów referencji technicznych wyszczególnionych w art. 101 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

SOPZ, zawiera w pierwszej kolejności opisowe definicje takich cech zamawianych materiałów eksploatacyjnych, jak fabryczna nowość [w pkt 4, 7, 9] czy oryginalne fabryczne zamknięcie, opakowanie i zabezpieczenie [w pkt 5], aby następnie przejść do zdefiniowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych [w pkt 8 i 11], odrębnie określając dla nich zarówno okres gwarancji [w pkt 16], jak i dodatkowe warunki gwarancji [w pkt 18, 28-29] w stosunku do tych obowiązujących dla wszystkich produktów, niezależnie od tego, czy pochodzą od producenta urządzenia drukującego,

do którego są przeznaczone [w pkt 17, 19-27, 30-32, 35]. Jest to więc opis sporządzony w sposób, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, czyli przez określenie wymagań dotyczących funkcjonalności lub wydajności.

Warto przy tym odnotować dla porządku, że odpowiednio kasetą z tonerem i wkład atramentowy zostały nazwane odpowiednio tonerem i tuszem [w pkt 12], co odpowiada potocznym nazwom używanym powszechnie dla określenia tych dwóch kategorii materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.

Przy czym sama wydajność zamawianych materiałów eksploatacyjnych co do liczby stron, których wydrukowanie mają zapewnić, została określona w tabeli załącznika nr 4, stanowiącego formularz asortymentowo-cenowy, który w kolumnach 1-4 zawiera opis przedmiotu zamówienia, a kolumny 5-7 przeznaczone zostały przeznaczone do określenia przez wykonawcę kolejno ceny i wartości brutto oraz producenta, typu i modelu produktu równoważnego dla typu i modelu oryginalnego tonera lub tuszu, który został opisany w kolumnie 4 z użyciem nazwy producenta urządzenia.

O ile dla większości asortymentów immanentnym elementem tego opisu jest również podanie minimalnej wydajności wyrażonej w liczbie wydrukowanych stron A4 przy ich pokryciu drukiem w ok. 5%, o tyle dla wszystkich spornych wkładów atramentowych z poz. 136-140 i 147-151 została wskazana ich minimalna pojemność w mililitrach.

Jak wynika z pkt 8 SOPZ, równoważne wkłady atramentowe mają cechować co najmniej taką pojemnością oraz wydajnością i jakością wydruku jak oryginalne tusze pochodzące od producenta urządzenia, z którym są kompatybilne.

Z kolei według pierwszego zdania z pkt 2 ust. 6. rozdziału III SWZ w przypadku zaoferowania produktu równoważnego w zakresie poz. 1-156 formularza cenowego, co obejmuje również pozycje objęte sporem, jako pierwszy z trzech żądanych kategorii dokumentów przedmiotowych został wskazany raport wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, który w przypadku wkładów atramentowych ma potwierdzać ich wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 24711:2021.

Norma ISO/IEC 24711:2021 pn. Technika informatyczna – Sprzęt biurowy – Metoda określania wydajności wkładów atramentowych do kolorowych drukarek atramentowych i urządzeń wielofunkcyjnych zawierających elementy drukarki, jak już sugeruje to jej nazwa, a co wprost wskazano w jej treści w ramach określenia zakresu jej zastosowania, przeznaczona jest wyłącznie do pomiaru wydajności wkładu atramentowego w przypadku drukowania na zwykłym papierze, natomiast na podstawie tych testów nie można formułować żadnych innych wniosków dotyczących jakości, niezawodności itp.[okoliczność bezsporna bo niezaprzeczona przez Zamawiającego, co odzwierciedlono w protokole rozprawy].

Z art. 105 ust. 1 ustawy pzp wynika, że sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę oceniającą zgodność może zostać zażądane przez zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że kierując się przepisem art. 99 ust. 6 ustawy pzp Zamawiający wskazał w formularzu cenowym dla przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności, za pomocą: „lub równoważny o wydajności nie mniejszej...”, „lub równoważny o pojemności...” , co zostało skorelowane z określeniem w SOPZ, że w za produkty równoważne uważane są wkłady atramentowe o parametrach takich samych lub lepszych co do pojemności, wydajności i jakości wydruku w stosunku do oryginalnych tuszy. Przy czym akurat w przypadku spornych pozycji wskazane zostało kryterium pojemności nie mniejszej niż oryginalnych wkładów z atramentem, nad czym Zamawiający usiłuje przejść do porządku dziennego.

Niezależne od powyższego SWZ nie zawiera postanowień, które odzwierciedlałyby intencję Zamawiającego uzyskania dzięki zażądaniu raportu z badań przeprowadzonych według powyżej wskazanej normy potwierdzenia, że dany pojemnik z tuszem działa poprawnie w urządzeniu drukującym do którego został przeznaczony, a podczas eksploatacji nie wpływa na urządzenie w sposób negatywny – którą ujawnił dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a tym bardziej potwierdzenia jakości materiałów równoważnych, w tym czasu schnięcia, odporności na ścieranie – którą z kolei ujawnił dopiero na rozprawie [co odzwierciedlono w protokole rozprawy].

Umyka przy tym Zamawiającemu fakt, że według pierwszego zdania z pkt 2 ust. 6. rozdziału III SWZ w przypadku zaoferowania produktu równoważnego w zakresie poz. 1-156 formularza cenowego, zażądał również pisemnego oświadczenia wykonawcy, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne nie naruszają praw własnościowych i patentowych producenta urządzeń drukujących, do których zostały przeznaczone, oraz że ich używanie nie spowoduje utraty praw gwarancyjnych, a także, że są one dopuszczone do obrotu na terytorium Polski (według wzoru z załącznika nr 5 do SWZ). Przy czym takie oświadczenia nie tylko zostały złożone przez Netprint w odniesieniu do spornych pozycji, ale i nie były kwestionowane przez Zamawiającego co do ich rzetelności i wiarygodności.

Odwolujący wykazał ponadto, że Zamawiający błędnie utożsamia raport z badań z certyfikatem, czyli drugim rodzajem dokumentu, o którym mowa we wspomnianym art. 105 ust. 1 ustawy pzp. Tymczasem wyłącznie certyfikat jest dokumentem, który poświadcza zgodność wyrobu z deklarowanymi przez wytwórcę lub określonymi w przepisach bądź normach właściwościami. Natomiast raport z badań laboratoryjnych zawiera zgodnie wyniki badań wykonywanych przez laboratorium, podane zgodnie z instrukcjami zawartymi w metodach badań, dotyczące wyłącznie badanych egzemplarzy

wyrobów [dowody oznaczone przez Izbę kolejno jako: „O1” „O2” i „O3”]. Stąd raporty z badań przeprowadzonych według normy ISO/IEC 24711 dla wkładów atramentowych czy według normy ISO/IEC 1978 dla tonerów monochromatycznych zawierają informacje wyłącznie o użytych do testów urządzeniach drukujących, a nie o wszystkich, z jakimi mogą być kompatybilne przetestowane egzemplarze materiałów eksploatacyjnych [dowody O1 i O3].

Warto przy tym zauważyć, że po opublikowaniu SWZ Netprint zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem, aby zażądał w SWZ również certyfikatu wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości jako dającego gwarancję, że oferowany produkt oraz jego proces wytwarzania są badane i nadzorowane przez niezależną od producenta danego jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację wydaną przez PCA. Zamawiający postanowił jednak nie zmieniać treści SWZ [wyjaśnienia treści SWZ z 8 maja 2023 r. w zakresie pytania nr 2].

Reasumując, w przypadku zaoferowania w poz. 136-140 i 147-151 formularza cenowego równoważnych wkładów atramentowych żądanie raportów wydanych przez podmiot uprawniony do kontroli jakości określających wydajność zmierzoną zgodnie z normami ISO/IEC 24711:2021 i ISO/IEC 24712:2007 jako dokumentów przedmiotowych jest bezprzedmiotowe, gdyż w ramach opisu tych pozycji określono wyłącznie parametr pojemność wkładów oryginalnych.

### **Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.**

Art. 273 ust. 2 ustawy pzp stanowi w odniesieniu do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne {dalej: „postępowania podprogowe”}, prowadzonych w trybie podstawowym, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy pzp (czyli m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu), wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Z kolei art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp uprawnia zamawiającego w postępowaniach podprogowych do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym zgodnie z przepisami zawartymi w art. 105 ustawy pzp:

- celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę [ust. 1];
- 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) [ust. 2];
- jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność [ust. 3];
- zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, 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 i 3, 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 roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia [ust. 4].

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące 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. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu

zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odcodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do

uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

*De lege lata* obowiązuje również przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma przepis art. 16 pkt 3 ustawy pzp, z którego wynika, że zamawiający ma obowiązek nie tylko przygotowania, ale i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Z orzecnictwa unijnego oraz krajowego należy wywieść, że zasada proporcjonalności jest dyrektywą, zgodnie z którą zamawiający powinien podejmować w postępowaniu działania adekwatne do osiągnięcia założonego celu, a zastosowane przez niego środki powinny być najbardziej odpowiednie, tj. nieograniczające w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawców do postępowania. Przy czym wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania. Jest to jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań Prawa zamówień publicznych (w tym art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej.

Tymczasem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Egzekwowanie przez Zamawiającego bezprzedmiotowego wymagania stanowi bowiem przejaw skrajnego formalizmu, któremu sprzeciwia się zasada proporcjonalności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.