Sygn. akt: KIO 490/21

WYROK

z dnia 8 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **OSAA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie, Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Lyreco Polska Spółka Akcyjna w Komorowie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OSAA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **OSAA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawcy **OSAA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** na rzecz **Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Krakowie, Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucji Gospodarki Budżetowej w Krakowie** kwotę 532 zł 18 gr (słownie: pięćset trzydzieści dwa złote osiemnaście groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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

……..

Sygn. akt: 490/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie, Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa papieru białego A4 do wydruków i kopiowania na rzecz sądów powszechnych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 lutego 2021 roku wykonawca OSAA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

-wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów (dalej jako „Lyreco" lub „przystępujący), przy jednoczesnym:

-zaniechaniu odrzucenia oferty Lyreco pomimo, że zaoferowany asortyment nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) a w konsekwencji treść oferty tego wykonawcy pozostaje niezgodna z treścią s.i.w.z.,

-zaniechaniu odrzucenia oferty kolejnego wg rankingu ofert wykonawcy – Konsorcjum firm: Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. Aleja Fryderyka Chopina 55, 05-092 Łomianki Dolne; Grupa Biuro-Land Sp. z o.o. Sp. k. ul. Wojska Polskiego 2f, 43-603 Jaworzno (dalej jako „KBK"), pomimo że zaoferowany przez tego wykonawcę asortyment także nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w s.i.w.z., a w konsekwencji, treść oferty tego wykonawcy pozostaje również niezgodna z treścią s.i.w.z.,

-ewentualnie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców Lyreco oraz KBK z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd odnoście rzeczywistych parametrów technicznych zaoferowanego papieru,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień s.i.w.z. ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

-art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Lyreco oraz KBK z postępowania, pomimo że ich treść pozostaje niezgodna z treścią s.i.w.z. obowiązującej w przetargu,

-art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez przedstawienie przez obydwu wykonawców, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających zamawiającego w mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

a w konsekwencji naruszenie:

-art. 91 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty która winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

•merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości,

•dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości - na okoliczności wskazane odwołaniem,

a także o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2.powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i odrzucenie ofert Lyreco oraz KBK, ewentualnie wykluczenie wykonawców, co spowoduje wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez wykonawców Lyreco i KBK parametry zaoferowanego papieru A4 nie zawierają granic tolerancji. W przypadku wykonawcy Lyreco, odwołujący podniósł, że granic tolerancji nie zawierają również złożone przez tegoż wykonawcę karty katalogowe.

Odwołujący podniósł, że jego oferta, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, została uplasowana na kolejnej po Lyreco oraz KBK pozycji rankingowej jednocześnie mieszcząc się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W ocenie odwołującego, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 marca 2021 roku wniósł o:

1)oddalenie odwołania w całości;

2)dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Lyreco Polska SA w Komorowie poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje realizację dostaw papieru białego A4 do wydruków i kopiowania, na rzecz jednostek sądownictwa. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawierający wielkość oraz zakres zamówienia stanowi Załącznik nr 3 do s.i.w.z. – Opis przedmiotu zamówienia – Formularz cenowy. Dokument zawiera w legendzie następujące wymagania:

1.Wykonawca w kolumnie nr 8, 9, 10 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację.

2.W przypadku, gdy oferowany produkt produkowany na zamówienie, nie posiada danych wymaganych w kolumnie 8 lub 9, proszę wpisać "na zamówienie".

3.W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają poniższym wymaganiom określonym przez Zamawiającego, na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć następujące dokumenty dla każdego z oferowanych produktów: Dokument, z którego będą wynikały wszystkie parametry oferowanego produktu wskazane poniżej w Opisie przedmiotu zamówienia - Formularzu cenowym: karta katalogowa produktu lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dokonał szczegółowej identyfikacji przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

1. Papier kserograficzny biały A4 gramatura 80 gramatura 80 (+/-3) g/m^2, grubość 108 (+/-3) µm białość 161 (+/-2) CIE; nieprzezroczystość nie mniej niż 92%, wilgotność 5% (tolerancja +/-2%), gładkość (wg skali Bendsten) 180 (+/- 50) ml/min (cm^3/min),

2. Papier kserograficzny biały A4 gramatura 160 gramatura 160 (+/-8) g/m^2, grubość nie mniej niż 156 µm białość nie mniej niż 165 CIE; nieprzezroczystość nie mniej niż 95%, wilgotność 5 % (tolerancja +/-2%), gładkość (wg skali Bendsten) nie więcej niż 50 ml/min (cm^3/min) lub wg skali Bekk 140 (+/- 20) s,

3. Papier kserograficzny biały A4 gramatura 200 gramatura 200 (+/-8) g/m2, grubość nie mniej niż 193 µm białość nie mniej niż 165 CIE; nieprzezroczystość nie mniej niż 95 %, wilgotność 5% (tolerancja +/-2%), gładkość (wg skali Bendsten) nie więcej niż 50 ml/min (cm^3/min) lub wg. skali Bekk 130 (+/- 20) s.

W kolumnie 7 formularza ofertowego wykonawcy obowiązani byli podać następujące parametry oferowanego produktu:

1. gramatura ….. (+/-…..) g/m^2, grubość ….. (+/-…..) µm białość ….. (+/-….) CIE;nieprzezroczystość ….. (+/-….) %, wilgotność ….. (+/-…...) %, gładkość (wg skali Bendsten) …. (+/- ….) ml/min (cm^3/min) ,

2. gramatura ….. (+/-…..) g/m^2, grubość ….. (+/-…..) µm białość ….. (+/-….) CIE;nieprzezroczystość …… (+/-….) %, wilgotność ….. (+/-…...) %, gładkość (wg skali Bendsten) …. (+/- ….) ml/min (cm^3/min) lub wg skali Bekk …. (+/- ….) s,

3. gramatura ….. (+/-…..) g/m^2, grubość ….. (+/-…..) µm białość ….. (+/-….) CIE;nieprzezroczystość …… (+/-….) %, wilgotność ….. (+/-…...) %, gładkość (wg skali Bendsten) …. (+/- ….) ml/min (cm^3/min) lub wg skali Bekk …. (+/- ….) s.

Zgodnie z rozdz. X pkt 8.1. s.i.w.z., ofertę stanowi:

1)Formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ,

2)wypełniony przez Wykonawcę Opis przedmiotu zamówienia - formularz cenowy, stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem IX *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia* pkt 3.3. s.i.w.z.: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona do przedłożenia następujących dokumentów dla każdego z oferowanych produktów: Dokument, z którego będą wynikały wszystkie parametry oferowanego produktu wskazane w opisie przedmiotu zamówienia - formularzu cenowym: karta katalogowa produktu lub oświadczenie producenta lub oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta".

W toku postępowania zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 udzielonej dnia 23.12.2020 r. wskazał: „Zamawiający informuje, iż dla pozycji nr. 1, 2, 3 parametr wilgotności w Załączniku nr 3 - Opis przedmiotu zamówienia Formularz cenowy został określony w następujący sposób: 5% (tolerancja +/-2%), a nie jak wskazuje w pytaniu Wykonawca tj. 5(+/-2%). Zamawiający potwierdza, iż parametr ten należy rozumieć w sposób zgodny z literalnym brzmieniem zapisu tj. taki jak wskazany w drugiej części pytania: papier o wilgotności minimum 3%, maksimum 7% spełnia wymogi Zamawiającego."

Wykonawca Lyreco zaoferował następujące produkty o wskazanych parametrach:

1. Papier Zoom Extra A4, producent: Stora Enso Paper AB

gramatura: 80 g/m^2

grubość: 107 µm

białość: 161 CIE;

nieprzezroczystość: 93%,

wilgotność: 4,3 %,

gładkość (wg skali Bendsten): 220 ml/min (cm^3/min)

2. Papier DCP160 A4, producent: Papeteries de Clairefontaine

gramatura: 160 g/m^2

grubość: 160 µm

białość: 170 CIE;

nieprzezroczystość: min 99%,

wilgotność: 4,8 %,

gładkość wg skali Bekk: 150 s

3. Papier DCP200 A4, producent: Papeteries de Clairefontaine

gramatura: 200 g/m^2

grubość: 200 µm

białość: 170 CIE;

nieprzezroczystość: min 99%,

wilgotność: 4,8 %,

gładkość wg skali Bekk: 150 s

Wykonawca Lyreco złożył karty katalogowe Zoom Extra oraz DCP, potwierdzające wskazane wyżej parametry.

Wykonawca KBK zaoferował następujące produkty o wskazanych parametrach:

1. Papier kserograficzny biały A4, producent: Stora Enso

gramatura: 80 g/m^2

grubość: 107 µm

białość: 161 CIE;

nieprzezroczystość: 93%,

wilgotność: 4,3 %,

gładkość (wg skali Bendsten): 220 ml/min (cm^3/min)

2. Papier kserograficzny biały A4, producent: IP Kwidzyń

gramatura 160(+/-3) g/m^2

grubość 158 (+/-2) µm

białość 168 (+/-2) CIE;

nieprzezroczystość min 96 %,

wilgotność 4,7 (+/-0,5) %,

gładkość (wg skali Bendsten) 42 ml/min

3. Papier kserograficzny biały A4, producent: IP Kwidzyń

gramatura 200(+/-5) g/m^2

grubość 196 (+/-3) µm

białość 168(+/-2) CIE;

nieprzezroczystość min 98 %,

wilgotność 4,6 (+/-0,5) %,

gładkość (wg skali Bendsten) 47 ml/min.

W dniu 4 lutego 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu (za ofertą KBK).

Wskazany wyżej stan faktyczny został ustalony na podstawie dowodów dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia: s.i.w.z., ofert wykonawców, dokumentów złożonych w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy wykonawcy biorący udział w postępowaniu obowiązani byli w formularzu cenowym wskazywać granice tolerancji dla parametrów zaoferowanego papieru czy też możliwe było wykazanie parametrów poprzez wskazanie ich wartości nominalnej.

W opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do s.i.w.z. zamawiający ustalił wymagane parametry zamawianego papieru poprzez wskazanie, jako podstawy, wymaganej wartości oraz określenie dopuszczalnego zakresu odstępstw, dopuszczając zarówno wartości niższe, jak i wyższe od wartości wskazanej jako podstawowa, pod warunkiem, że mieszczą się we wskazanym zakresie. Jednocześnie w tej samej tabeli, w której zawarty był opis przedmiotu zamówienia, zamawiający przewidział rubryki, w których wykonawcy mieli obowiązek wpisać m.in. nazwy oferowanych produktów oraz ich parametry. Zamawiający w kolumnie 7 tabeli zamieścił rodzaj wymaganych parametrów oraz pozostawił miejsce na wpisanie wartości parametru oraz istniejących granic tolerancji.

W ocenie Izby zaproponowana przez zamawiającego treść kolumny 7 nie przesądza, iż wykonawcy obowiązani byli wskazać granice tolerancji określonych parametrów. Zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie ustanowił ścisłego wymogu w zakresie sposobu opisania parametrów produktu. Przesądzająca dla sposobu wskazania parametrów jest bowiem treść opisu przedmiotu zamówienia, zamieszczona w kolumnie 3 tabeli, w której wskazano wymagania produktu oraz dopuszczalne granice tolerancji. Wobec braku kategorycznych wymogów w zakresie wymagania spełniania parametrów, dopuszczalne było zarówno wskazanie wartości nominalnej parametru, jak i wartości docelowej z granicami tolerancji. W przypadku wskazania wartości nominalnej istotne było, by wartości te mieściły się w określonych przez zamawiającego granicach tolerancji.

O tym, że wykonawcy byli uprawnieni do wskazywania wartości nominalnych świadczy również odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 23.12.2020 r., w której wyjaśnił on, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie tolerancji. W parametrze „wilgotność", który został określony jako: 5% (tolerancja +/-2%), zamawiający wskazał na określone wartości nominalne (minimum 3%, maksimum 7%) jako spełniające wymogi postępowania. Wynika z tego, że wskazanie wartości nominalnej, mieszczącej się w określonych granicach tolerancji spełnia wymagania w zakresie postawionych parametrów.

Wskazane przez wykonawców Lyreco i KBK wartości nominalne parametrów zaoferowanych przez produktów wskazują, że spełniają one wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem ustalonych granic tolerancji.

Izba przeprowadziła dowód z kart katalogowych Zoom Extra oraz DCP, złożonych przez przystępującego w wyniku wezwania z dnia 19 stycznia 2021 roku, i skonstatowała, że w kartach tych parametry produktów wskazane są w sposób nominalny i nie zawierają granic tolerancji. W tym miejscu należy wskazać na treść rozdz. IX pkt 3.3. s.i.w.z., zgodnie z którym wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego parametry oferowanego produktu, np. karty katalogowej. Wykonawcy, świadomi tego, iż mogą zostać wezwani do potwierdzenia informacji zawartych w formularzu ofertowym, byli uprawnieni do zamieszczania w formularzu ofertowym danych zawartych w kartach katalogowych. Izba uznała za uzasadnione stanowisko zamawiającego, podnoszącego, że jest on świadom tego, że producenci papieru w kartach katalogowych podają parametry w różnoraki sposób (jedni poprzez wskazywanie wartości nominalnej, inni – wartości docelowej z granicami tolerancji) i nie narzucał konkretnego sposobu wskazywania parametrów.

Izba dopuściła złożone przez odwołującego na rozprawie w dniu 5 marca 2021 roku dowody w postaci: opinii Instytutu Biopolimerów i Włókien Chemicznych w Łodzi, oświadczenia kierownika Działu Technologicznego i Kontroli Jakości International Paper Kwidzyń, certyfikatu papieru Zoom, karty innych papierów Stora Enso, karty papieru Plano Dynamic oraz DCP. Niemniej jednak Izba wskazuje, że dowody te zostały złożone na okoliczność wykazania, iż wskazane w specyfikacjach produktów parametry są wartościami docelowymi i mogą podlegać wahaniom. Okoliczność ta nie była jednak kwestionowana przez zamawiającego i przystępującego. Istota sporu polegała bowiem na tym, czy możliwe było

wykazanie parametru poprzez wskazanie jego wartości nominalnej, tak, jak praktykują to niektórzy producenci papieru. Izba ponownie podkreśla, że w świetle treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w kolumnie 2 załącznika nr 3 do s.i.w.z. oraz odpowiedzi zamawiającego z dnia 23 grudnia 2020 roku, taka możliwość istniała.

Izba pominęła dowody w postaci badań papieru zaoferowanego przez Lyreco i KBK, wskazując, że z ich treści wynika, że ich przedmiotem było badanie zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia ze specyfikacją. Odwołujący nie postawił natomiast zarzutu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. poprzez niespełnianie parametrów, lecz poprzez niepodanie granic tolerancji wskazanych parametrów nominalnych.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:……