Sygn. akt: KIO 2319/22

WYROK

z dnia 19 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022 r. przez wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów,

przy udziale wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o., Aleja Fryderyka Chopina 55, 05-092 Łomianki Dolne, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku oznaczeń ekologicznych naniesionych na opakowanie markerów suchościeralnych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy

Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów w części 2/3 oraz zamawiającego: Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów w części 1/3, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

3.2. zasądza od zamawiającego: Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów, na rzecz odwołującego: Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów, kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2319/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa artykułów biurowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.", numer referencyjny: 2022/W001/WP-003419. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.04.2022 r., nr 2022/S 079- 213801.

W dniu 24.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 1 postępowania oferty wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o.

W dniu 05.09.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", przez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w zakresie części nr 1 zamówienia, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez zamawiającego niezasadnie, bowiem oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z postępowania jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia w zakresie poz. 73 oraz 83 formularza ofertowego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o., jako ofertę najkorzystniejszą w zakresie części 1 zamówienia - mimo iż oferta tego Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu z postępowania z uwagi na zaoferowanie przez Wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. produktów niespełniających wymagań Zamawiającego. Poniżej odwołujący uzasadnia:

I. poz. 73 - ołówek automatyczny 0,5 mm

(...) Zmieniony załącznik nr 3a do SWZ wskazywał na następujące wymagania w zakresie poz. 73:

- ołówek automatyczny,
- plastikowa obudowa i gumowy uchwyt,
- metalowa końcówka i zdejmowany klips,
- ołówek z gumką;
- grubość grafitu: 0,5 mm.

Z powyższego wynika, że zarówno w pierwotnym, jak i w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby ołówek automatyczny posiadał zdejmowany klips.
(...)
(...) tymczasem Wykonawca KBK zaoferował produkt, który nie spełnia tego wymagania. Ołówek BIC VELOCITY PRO 0.5 MM nie posiada bowiem zdejmowanego klipsa.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał Wykonawcę pismem z dnia 6 lipca 2022 roku do złożenia wyjaśnień - prosząc m.in. o potwierdzenie, że klips ołówka zaoferowanego w poz. 73 jest zdejmowalny. Wykonawca w piśmie z dnia 12 lipca 2022 roku potwierdził, że wszystkie zaoferowane produkty są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. (...)
Do wyjaśnień z dnia 12 lipca 2022 roku Wykonawca załączył oświadczenie pracownika firmy BIC Polska sp. z o.o. z 2020 roku, które zdaniem Wykonawcy KBK potwierdza, że klips ołówka jest zdejmowalny, tj. że spełnia wymagania Zamawiającego. Oświadczenie to jest jednakże zdaniem Odwołującego niezgodne ze stanem faktycznym. (...)

Z uwagi na rozbieżność pomiędzy pismem złożonym przez Wykonawcę KBK a między kartą katalogową produktu, Odwołujący zwrócił się do producenta o wyjaśnienie powyższej kwestii. W odpowiedzi Odwołujący otrzymał od firmy BIC jednoznaczną informację, że ołówek automatyczny 0,5 mm BIC Velocity PRO 0,5 mm o numerze katalogowym 8206433 nie ma możliwości zdjęcia klipsa i nie miał takiej możliwości od początku jego produkcji. Producent wprost wskazał, że produkt BIC Velocity PRO 0.5mm MMP Ołówek z gumką, nr katalogowy 8206433 nie posiada możliwości zdjęcia metalowego klipsa, który stanowi stałą, integralną część ołówka i nie może funkcjonować jako oddzielny element. Z testów ołówka wynika, że metalowy klips stanowi jego integralną część i nie podlega demontażowi, co znajduje odzwierciedlenie w opisie parametrów technicznych ołówka, przy czym zaznaczyć należy, że klips w tym produkcie nigdy nie był zdejmowany. Producent wyjaśnił też w jakich okolicznościach sformułowane zostało uprzednio wystawione przez pracownika firmy oświadczenie z 2020 roku załączone przez Wykonawcę KBK do wyjaśnień z dnia 12 lipca 2022 roku. Producent wskazał, że wiążąca jest informacja zawarta w opisie parametrów technicznych ołówka, z której wprost wynika, że klips nie podlega demontażowi. (...)

Nie może być także mowy o tym, że Wykonawca KBK oferuje w niniejszym postępowaniu produkt z innej linii produkcyjnej (który posiada inne właściwości, tj. zdejmowany klips), bowiem producent BIC nie prowadzi sprzedaży różnych produktów pod tymi samymi numerami katalogowymi - a produkt o wskazanym w formularzu numerze katalogowym nigdy nie posiadał funkcji zdejmowanego klipsa. Wskazany wyżej ołówek nie miał zmienionego numeru katalogowego od początku jego wprowadzenia do sprzedaży, a gdyby wystąpiły odmienne parametry - na przykład klip byłby zdejmowany - to nastąpiłaby zmiana numeracji w katalogu.

Odwołujący dokonał także samodzielnego sprawdzenia, czy klips z tym produkcie jest zdejmowalny - z przeprowadzonej fizycznej weryfikacji wynika, że klipsa nie udał się zdjąć ani za pomocą normalnej, ani zwiększonej siły nawet przy zagrożeniu zepsucia produktu. (...)

II. poz. 83 - marker suchościeralny

(...) Zmieniony załącznik nr 3a do SWZ wskazywał na następujące wymagania w zakresie poz. 83:

- marker suchościeralny z tuszem na bazie alkoholu,
- produkt ekologiczny obudowa w 51% wykonana z materiałów przetworzonych,
- oznaczenia ekologiczna naniesione na opakowanie,
- grubość linii pisania 1,5mm-0,1mm,
- długość linii pisania 1000m,
- opakowanie 4 sztuki.

Z powyższego wynika, że zarówno w pierwotnym, jak i w zmienionym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby produkt był ekologiczny, posiadał obudowę w 51% wykonaną z materiałów przetworzonych oraz posiadał oznaczenia ekologiczne naniesione na opakowanie. (...)

Odwołujący zapoznał się z produktem zaoferowanym przez Wykonawcę i z oględzin wynika, że produkt ten nie posiada oznaczeń ekologicznych naniesionych na opakowanie: (...)

Norma EN 71-3, o której mowa na stronie producenta dotyczy kontaktu produktu z dzieckiem. Nie jest to żadna norma w zakresie ekologiczności produktu. Nigdzie na stronie internetowej producenta nie ma jakiekolwiek wzmianki o tym, że produkt w jakimkolwiek zakresie jest ekologiczny.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaoferowany przez Wykonawcę KBK produkt nie posiada oznaczeń ekologicznych naniesionych na opakowanie, zaś Wykonawca samodzielnie nie miał zamiaru dokonywać żadnej własnej modyfikacji w tym zakresie, bowiem wskazałby to w treści samej oferty. Przykładowo w przypadku końcówki wskazał, że

będzie ona wykonywana na zamówienie, zaś w zakresie oznaczeń niczego takiego w formularzu ofertowym nie zawarto. Wskazać również należy, iż samo twierdzenie iż produkt został wykonany z materiałów przetworzonych jest niewystarczające. W przypadku kwestionowanego produktu producent nie zawarł ani na swojej stronie internetowej, ani na produkcie informacji o ekologiczności produktu. Już w powyższym zakresie produkt nie spełnia zatem wymagań Zamawiającego, ale też uzasadnione jest twierdzenie, że produkt po prostu nie spełnia wymagań ekologicznych. (...)

Oznaczania ekologiczne są z reguły nadawane przez prywatne lub państwowe organizacje oraz stowarzyszenia. Aby zdobyć takie oznaczenie, produkt (i przedsiębiorca) musi spełnić szereg warunków określonych przez zespół ekspertów. Nie wystarczy zatem samo oświadczenie, ale i konieczne jest udokumentowanie, że faktycznie oświadczenie takie jest zgodne z prawdą. W zakresie zaoferowanego przez Wykonawcę KBK produktu nie mamy żadnej informacji w jaki sposób produkt ten został wykonany - w tym przede wszystkim czy jego obudowa została wykonana w 51% z materiałów przetworzonych, czego bezwzględnie

wymagał Zamawiający na samym produkcie. (...)

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający w pozycjach 41, 42, 49, 51, 52, 59, 63,

64 oraz 180 oczekiwał następujących artykułów:

a) grzbiet do bindowania plastikowy spiralny 18mm o następujących parametrach: (...)

- kolory: biały, czarny, niebieski;

b) grzbiet do bindowania plastikowy spiralny 45mm o następujących parametrach: (...)

- kolor: biały, czarny, niebieski;

c) skoroszyt sztywny o następujących parametrach: (...)

- kolor: niebieski, czerwony, zielony, czarny, żółty;

d) skoroszyt wpinany sztywny o następujących parametrach: (...)

- kolor: niebieski, czerwony, zielony, czarny, żółty

e) przekładki kartonowe o następujących parametrach: (...)

- kolor: żółty, niebieski, biały, różowy, zielony.

f) teczka lakierowana o następujących parametrach: (...)

- kolor: czarny, niebieski, czerwony, zielony

g) teczka skrzydłowa na rzepy o następujących parametrach: (...)

- kolor: czarny, niebieski, czerwony, zielony

h) skoroszyty plastikowe z metalową przywieszką o następujących parametrach: (...)

- kolor: niebieski

W pozycjach od lit. a do lit. h Zamawiający wymaga dostarczenia artykułów w konkretnych kolorach. Wykonawca S. B., działający w imieniu KBK oferuje różne kolory, bez sprecyzowania jakie kolory konkretnie zawarł w ofercie, natomiast gama kolorów produktów zaoferowanych jest szersza niż to czego wymagał Zamawiający w dokumentacji postępowania. Wskazanie kolorów przez Zamawiającego ma charakter wyliczenia zamkniętego, a sposób sformułowania oferty przez Wykonawcę wskazuje na dowolność na etapie realizacji. Zamawiający nie dopuścił możliwości dostarczenia produktów w kolorach innych niż wskazane w OPZ. Wykonawca natomiast nie potwierdził w ofercie, że oferuje wymagane przez Zamawiającego kolory, a zatem Zamawiający nie ma pewności w jakich kolorach będą dostarczone artykuły biurowe".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o., której treść nie spełnia warunków zamówienia w zakresie części 1 zamówienia,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia - co w konsekwencji powinno doprowadzić do wyboru oferty odwołującego w tym zakresie.

Pismem z dnia 08.09.2022 r. wykonawca Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o., Aleja Fryderyka Chopina 55, 05-092 Łomianki Dolne (dalej: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 15.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa artykułów biurowych (część nr 1) oraz papieru ksero (część nr 2) dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 zamówienia.

W załączniku nr 3a do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz") wskazano:

1) poz. 73 - ołówek automatyczny 0,5mm, szt. 447:

- ołówek automatyczny;
- ołówek wyposażony w mechanizm teleskopowy;
- plastikowa obudowa i gumowy uchwyt
- metalowa końcówka i zdejmowany klips
- ołówek z gumką;
- grubość grafitu: 0,5 mm,

2) poz. 83 - marker suchościeralny, op. 128:

- marker suchościeralny z tuszem na bazie alkoholu,
- produkt ekologiczny obudowa w 51%, wykonana z materiałów przetworzonych,
- oznaczenia ekologiczna naniesione na opakowanie,
- grubość linii pisania 1,5mm,
- długość linii pisania 1000m,
- opakowanie 4 sztuki.

3) w pozycjach: 41, 42, 49, 51, 52, 59, 63, 64 i 180 wskazano wymagane kolory artykułów biurowych.

W dniu 26.05.2022 r. zamawiający odpowiedział na pytania wykonawców dotyczące swz, w tym poinformował o zmianach w poz. 73 i 83, jednakże nie zmienił wymogu „zdejmowany klips" w ołówku automatycznym oraz wymogu „produkt ekologiczny obudowa w 51%, wykonana z materiałów przetworzonych, oznaczenia ekologiczne naniesione na opakowanie" w markerze suchościeralnym.

Pismem z dnia 06.07.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego m.in. o potwierdzenie, że w poz. 73 klip ołówka jest zdejmowany oraz o wskazanie kolorystyki artykułów oferowanych w pozycjach: 41, 42, 49, 51, 52, 59, 63, 64 i 180.

Pismem z dnia 12.07.2022 r. przystępujący odpowiedział: „Potwierdzamy, że zaoferowany ołówek posiada zdejmowany klips. W załączniku zostało dołączone oświadczenie producenta potwierdzające ten parametr". Do wyjaśnień przystępujący

dołączył oświadczenie producenta: „Ołówek automatyczny 0,5mm BIC Velocity PRO 0.5mm MMP Ołówek z gumką, 8206433 Posiada metalową końcówkę i możliwość zdjęcia klipu". Ponadto przystępujący potwierdził zgodność z swz kolorów poszczególnych artykułów.

Pismem z dnia 23.08.2022 r. (przekazanym dzień później) zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

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

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, z uwagi na charakter powołanych zarzutów, rozpoznanie odwołania musi się opierać przede wszystkim na dowodach złożonych przez strony i przystępującego. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z kolei w myśl 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. Przy czym zauważyć należy, że w ustawie Pzp nie ma przepisów będących odpowiednikami np. art. 205^3 § 2 kpc, czy art. 381 kpc, które przewidują negatywne konsekwencje dla strony, która nie złożyła dowodów w określonym terminie. W związku z powyższym przytoczone wyżej przepisy ustawy Pzp należy rozumieć w ten sposób, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą dowody mogą być dołączone do odwołania, ale mogą być też składane aż do zamknięcia rozprawy. Brak dołączenia dowodu do odwołania nie skutkuje zatem brakiem możliwości jego złożenia w trakcie rozprawy. Z uwagi na powyższe Izba nie przychyliła się do wniosku o pominięcie dowodów, które w ocenie przystępującego, odwołujący mógł złożyć wraz z odwołaniem.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego możliwości zdejmowania klipa w ołówku automatycznym (wymóg z poz. 73 opisu przedmiotu zamówienia), należy wskazać, że Izba dokonała następującej oceny dowodów przedstawionych przez strony i przystępującego:

1) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci cenników z lat 2016 - 2018 - z dowodu wynika, że w 2017 r. zmieniła się nazwa ołówka o numerze katalogowym 8206433, jednak dowód ten nie potwierdza, że ołówek ma zdejmowalny klip;

2) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci zdjęć ołówka z klipem i bez klipa - dowód potwierdza, że ołówek posiada zdejmowalny klip;

3) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci filmu pokazującego zdejmowanie klipa z ołówka - dowód potwierdza, że ołówek posiada zdejmowalny klip;

4) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci karty katalogowej ołówka -

dowód nie potwierdza, że ołówek posiada zdejmowalny klip, ponieważ karta katalogowa nie zawiera informacji na ten temat;

5) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci karty katalogowej ołówka otrzymanej, wg oświadczenia przystępującego, od pani A. K.-Z. - w dowodzie znajduje się rysunek wyodrębnionych części ołówka, ale po pierwsze, klip jest pokazany wraz ze wspornikiem, podczas gdy zgodnie z swz funkcja zdejmowania miała dotyczyć wyłącznie klipa (czyli bez wspornika), po drugie, rysunek demonstruje zdemontowane elementy ołówka osobno, natomiast nie pokazuje, że konkretnie klip można zdjąć bez demontażu całości ołówka, zatem dowód, w ocenie Izby, nie potwierdza, że ołówek posiada zdejmowalny klip w rozumieniu wymogu swz;

6) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci korespondencji mailowej pana S. B. (działającego w imieniu przystępującego) z panią A. K.-Z. (pracownicą BIC Polska sp. z o.o.) z kwietnia 2020 r. - z dowodu wynika, że w mailu z dnia 02.04.2020 r. p. B. informował p. K.-Z. o tym, że rozkręcił ołówek i jego parametry się zgadzają, ale potrzebna jest jeszcze karta /specyfikacja w tym zakresie, w następnym mailu z dnia 06.04.2020 r. - napisał, że na otrzymanej karcie nie ma informacji o zdejmowanym klipie, „ale jak będzie potrzeba to potwierdzisz w jakimś oświadczeniu?", a w kolejnym mailu z dnia 24.04.2020 r. - pytał, czy p. K.-Z. może napisać oświadczenie o zdejmowanym klipie oraz metalowej końcówce. Z ww. korespondencji wynika, w ocenie Izby, że przystępujący po pierwsze „rozkręcił" ołówek, co może świadczyć o jego demontażu w całości, a nie tylko o zdjęciu klipa, podczas gdy wymóg w swz dotyczył możliwości zdjęcia klipa przy zachowaniu ołówka w całości, po drugie, że przystępujący informując o tym, że „wszystko się zgadza, jak go rozkręciem" [pisownia oryginalna] sugerował pracownicy spółki BIC Polska treść oświadczenia, którego oczekiwał. Z uwagi na powyższe Izba uznała dowód za budzący wątpliwości, a przez to niewiarygodny i niepotwierdzający, że ołówek posiada zdejmowalny klip;

7) dowód przystępującego dołączony do przystąpienia w postaci oświadczenia pracownicy BIC Polska sp. z o.o. pani A. K.-Z. - w dowodzie stwierdzono, że ołówek BIC Velocity PRO 0.5mm MMP, numer 8206433 posiada możliwość zdjęcia klipa, ale oświadczenie to nie posiada daty i podpisu, a wskazane na nim nazwisko p. A. K.-Z. jest nazwiskiem osoby, która nie jest uprawniona do reprezentowania BIC Polska sp. z o.o. Z uwagi na powyższe, a także wątpliwości dotyczące wystawienia tego oświadczenia wskazane powyżej w pkt 6 uzasadnienia niniejszego wyroku, dowód ten, w ocenie Izby, nie potwierdza spełnienia wymogu swz;

8) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci korespondencji mailowej pana S. B. (działającego w imieniu przystępującego) z panem M. N. (pracownikiem BIC Polska sp. z o.o.) z maja 2022 r. - z dowodu wynika, że p. N. przesłał przystępującemu ofertę na artykuły biurowe o parametrach wyspecyfikowanych przez przystępującego, przy czym w tabeli w pozycji nr 73 dotyczącej ołówka zadał przystępującemu pytanie: „co znaczy zdejmowany klips?", na co w odpowiedzi przystępujący powołał się na ustalenia „z A." co do możliwości zdejmowania klipa, a p. N. przyjął te wyjaśnienia. Wskazana korespondencja świadczy, w ocenie Izby, o tym, że pracownik BIC Polska sp. z o.o. nie znał funkcjonalności ołówka polegającej na możliwości zdjęcia klipa, a przystępujący zasugerował mu istnienie takiej funkcjonalności. Dlatego Izba uznała dowód za budzący wątpliwości, a przez to niewiarygodny i niepotwierdzający, że ołówek posiada zdejmowalny klip;

9) dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci oświadczenia BIC Polska sp. z o.o.

z dnia 01.09.2022 r. podpisany przez dyrektora generalnego A. A. uprawnionego do samodzielnej reprezentacji ww. spółki - w oświadczeniu stwierdzono, że ołówek BIC Velocity PRO 0.5mm MMP, numer katalogowy 8206433 nie posiada możliwości zdjęcia metalowego klipa, który stanowi stałą, integralną część ołówka i nie może funkcjonować jako oddzielny element. Dodatkowo w oświadczeniu tym wyjaśniono, jak doszło do złożenia oświadczenia przedstawionego przez przystępującego (patrz pkt 7 niniejszego uzasadnienia wyroku). Wyjaśniono bowiem, że w okresie pandemii pracownicy spółki BIC Polska sp. z o.o. pracując w formie zdalnej nie mieli fizycznego dostępu do produktów, zaś przystępujący przesłał pracownikowi spółki zdjęcie z samodzielnego demontażu klipa i na tej podstawie ww. pracownik wydał oświadczenie o możliwości demontażu klipa. Dalej wyjaśniono, że po powrocie do pracy stacjonarnej przeprowadzono testy ołówka i stwierdzono, że siła niezbędna do oddzielenia klipa od wspornika wynosi ponad 50 N, co oznacza, że nie powinno się dać go usunąć bez możliwości uszkodzenia produktu przez konsumenta. Dowód ten, w ocenie Izby, jest wiarygodny, niemniej jednak jego moc dowodowa została uznana za mniejszą niż innych dowodów, o czym Izba wypowiedziała się poniżej;

10) dowód zamawiającego dołączony do odpowiedzi na odwołanie w postaci zdjęć

ołówka - zdjęcia ze zdemontowanymi częściami ołówka nie potwierdzają spełnienia wymogu swz, ponieważ wymóg ten dotyczył możliwości zdjęcia klipa przy pozostawieniu reszty ołówka w całości, natomiast fotografia ze zdjętym wyłącznie klipem, w ocenie Izby, potwierdza spełnienie wymogu swz,

11) dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci dwóch ołówków takich, jak oferowane przez przystępującego - dowód w wyniku fizycznej weryfikacji potwierdza, że nie da się zdjąć klipa z ołówka,

12) dowód zamawiającego złożony na rozprawie w postaci trzech ołówków takich, jak oferowane przez przystępującego - dowód w wyniku fizycznej weryfikacji potwierdza, że możliwe jest zdjęcie klipa z ołówka,

13) dowód przystępującego złożony na rozprawie w postaci dwóch ołówków takich, jak przez niego oferowane - dowód w wyniku fizycznej weryfikacji potwierdza, że możliwe jest zdjęcie klipa z ołówka.

Z dokonanej wyżej oceny złożonych przez strony i przystępującego dowodów wynika, że większość dowodów w postaci dokumentów, w tym wydrukowanej korespondencji, nie potwierdza tego, że ołówek posiada zdejmowalny klip. W szczególności treść dowodu zawierającego oświadczenie i wyjaśnienia dyrektora generalnego BIC Polska sp. z o.o. z dnia 01.09.2022 r. skutkuje koniecznością uznania, że takie dowody jak oświadczenie pani A. K.-Z. oraz korespondencja z nią i z panem M. N. (pracownikami tej spółki) nie mogą być uznane za wiarygodne i potwierdzające spełnienie wymogu opisanego w poz. 73 swz.

Jednocześnie nie można pominąć tego, co wynika z dowodów w postaci złożonych na rozprawie ołówków. Z jednej strony bowiem dowody te potwierdzają spełnienie ww. wymogu - w przypadku ołówków złożonych przez przystępującego i zamawiającego, z drugiej strony - nie potwierdzają go-w przypadku ołówków złożonych przez odwołującego.

Trudno stwierdzić, dlaczego wśród ołówków złożonych jako dowody przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego, są ołówki ze zdejmowanym klipem i ołówki, w których nie da się zdjąć klipa. Być może rację ma przystępujący, który twierdzi, że w zależności od danej partii, przez chińskiego producenta obudowy raz dostarczane są ołówki ze zdejmowanym klipem, a innym razem - bez zdejmowanego klipa. W świetle tego, że karta katalogowa ołówka w ogóle nie zawiera informacji na temat możliwości zdjęcia klipa, co świadczy o tym, że dla producenta ta akurat funkcjonalność nie jest istotna, twierdzenia przystępującego mogą stanowić wytłumaczenie zaistniałej sytuacji.

Powyższa niejasność co do przyczyn, dla których przedstawiane na rozprawie ołówki się różnią, nie wpływa jednak na fakt, że niewątpliwie są na rynku dostępne ołówki oferowane przez przystępującego, które posiadają zdejmowany klip. Fakt ten został potwierdzony przede wszystkim przez dowody w postaci tychże ołówków, z których Izba samodzielnie na rozprawie dokonała zdjęcia klipa. Przy czym moc dowodowa tych dowodów (potwierdzonych dodatkowo przez fotografie ołówka ze zdjętym klipem i film pokazujący zdejmowanie klipa z ołówka) została uznana za większą niż oświadczenie dyrektora generalnego BIC Polska sp. z o.o. z dnia 01.09.2022 r. Bez względu bowiem na treść tego oświadczenia, fizyczna i namacalna weryfikacja jasno pokazuje, że ołówki złożone na rozprawie przez przystępującego i zamawiającego mają zdejmowalny klip i Izba nie może tego faktu zignorować.

Należy w tym miejscu wskazać, że niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym wymaganiem i ta niezgodność ma charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o ww. przepis, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.
W przedmiotowej sprawie zawarty w swz wymóg posiadania zdejmowanego klipa jest jasny i jednoznaczny, ale niezgodność oferty przystępującego z ww. wymogiem - w świetle zgromadzonych dowodów, w tym ołówków złożonych na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego - nie jest już taka jednoznaczna.

Wobec zatem wyniku fizycznej weryfikacji możliwości zdjęcia klipa z ołówków, Izba uznała, że niezależnie od innych dowodów przedstawionych w tej sprawie, należy stwierdzić, że są na rynku ołówki wskazane w ofercie przystępującego, które spełniają wymóg opisany w poz. 73 i w efekcie nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego markerów suchościeralnych, które powinny być produktem ekologicznym z obudową w 51% wykonaną z materiałów przetworzonych i mieć oznaczenia ekologiczne naniesione na opakowanie (wymóg z poz. 83 opisu przedmiotu zamówienia), należy wskazać, że Izba dokonała następującej oceny dowodów przedstawionych przez strony i przystępującego:

1) dowód zamawiającego dołączony do odpowiedzi na odwołanie w postaci oświadczenia spółki Kamet - w dowodzie stwierdzono, że produkt jest ekologiczny wykonany z ponad 51% materiałów przetworzonych, posiadający oznaczenia na opakowaniu ekologiczne podlegające możliwości recyklingu, ale oświadczenie to nie zostało podpisane, zatem dowód ten, w ocenie Izby, nie potwierdza spełnienia wymogu swz;

2) dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci czterech markerów suchościeralnych „Gigant" produkcji Kamet w opakowaniu - oględziny dowodu potwierdzają brak oznaczeń ekologicznych naniesionych na opakowaniu (zarówno na każdym z markerów, jak i na opakowaniu zbiorczym);

3) dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci faktury dotyczącej zakupu markerów produkcji Kamet - dowód nie potwierdza spełnienia / niespełnienia wymogów swz z poz. 83;

4) dowody odwołującego złożone na rozprawie w postaci karty katalogowej i certyfikatu dotyczące markerów oferowanych przez odwołującego - dowody nie potwierdzają spełnienia / niespełnienia wymogów swz z poz. 83 przez markery oferowane przez przystępującego;

5) dowód odwołującego złożony na rozprawie w postaci wydruku ze strony internetowej firmy Kamet dotyczącej markerów Gigant oferowanych przez przystępującego - dowód nie potwierdza, że markery spełniają / nie spełniają wymogów z poz. 83 swz, ponieważ na stronie internetowej nie zamieszczono informacji na ten temat;

6) dowody odwołującego złożone na rozprawie w postaci dwóch kart produktu dotyczących markerów Gigant, z nazwiskiem A. K. - dowody pokazują, że informacje producenta dotyczące markerów w obu kartach się różnią, co świadczy wg odwołującego o ich niewiarygodności, niemniej jednak obie karty nie zostały podpisane, zatem i tak dowody te, w ocenie Izby, nie potwierdzają spełnienia wymogu swz;

7) dowody przystępującego złożone na rozprawie w postaci dwóch kart produktu dotyczących markerów Gigant, z nazwiskiem A. K. (w tym jednej o treści identycznej z dowodem złożonym przez zamawiającego - patrz powyżej pkt 1 uzasadnienia niniejszego wyroku) oraz w postaci korespondencji mailowej pana S. B. (działającego w imieniu przystępującego) z firmą Kamet z września 2022 r. - karty produktu zawierają treść wskazującą na spełnienie wymogów z poz. 83 swz, ale żadna z nich nie została podpisana, a jedna dodatkowo nie zawiera daty, natomiast mail z firmy Kamet kamet@pro.onet.pl) zawiera tylko jedno słowo „Proszę", przez co nie wiadomo, z jaką osobą w istocie przystępujący prowadził korespondencję. Z uwagi na powyższe ww. dowody, w ocenie Izby, nie potwierdzają spełnienia wymogu swz.

Z powyższego wynika, że żaden z przedstawionych dowodów w postaci dokumentów nie potwierdza spełniania przez markery suchościeralne oferowane przez przystępującego wymogów z poz. 83 swz. W szczególności brak podpisu na kartach produktu firmy Kamet nie pozwala na uznanie tych dowodów za wiarygodne, niezależnie od różnicy w ich treści. Również na stronie internetowej ww. firmy nie zamieszczono żadnych informacji dotyczących wymagań opisanych w poz. 83 swz, przy czym Izba podziela stanowisko odwołującego, że co do zasady producenci informują o ekologicznym charakterze swoich produktów, bo wpływa to na zwiększenie sprzedaży, zatem brak takich informacji na stronie Kamet może pośrednio świadczyć o braku spełnienia ww. wymagań.

Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę na dowód złożony przez odwołującego w postaci czterech markerów „Gigant" w opakowaniu, który nie pozwala wprawdzie ocenić, czy jest to produkt ekologiczny z obudową w 51% wykonaną z materiałów przetworzonych, ale pozwala jednoznacznie stwierdzić, że żadne oznaczenia ekologiczne nie są naniesione na opakowanie. Oznacza to, że wymóg dotyczący oznaczeń na opakowaniu, wbrew treści złożonej przez przystępującego oferty, nie został spełniony. Przy czym w tym przypadku ani zamawiający ani przystępujący nie złożyli kontrdowodów w postaci innych markerów, które znajdowałyby się w opakowaniu z oznaczeniami ekologicznymi, zatem dowód odwołującego nie został w żaden sposób podważony.

Należy także zauważyć, że wprawdzie przystępujący wskazał w swojej ofercie, że

oferuje produkt ze specjalną końcówką, ale zastrzeżenie to odnosi się właśnie do końcówki, a nie do pozostałych elementów markerów. Tym samym nie można uznać, że skoro markery będą miały specjalną końcówkę, to automatycznie będą też miały inne specjalne elementy wykonane na zamówienie, w tym m.in. będą posiadać naniesione na opakowanie oznaczenia ekologiczne. Takie zastrzeżenie odnośnie do innych, poza końcówką, elementów markerów, nie zostało zawarte w ofercie, a na obecnym etapie postępowania przystępujący nie może pisemnie, czy ustnie na rozprawie dodać takiej informacji, gdyż stanowiłoby to niedozwolone uzupełnienie oferty, czyli w istocie jej zmianę (art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp).

Reasumując, złożone jako dowód przez odwołującego markery „Gigant" potwierdzają, że wymóg oznaczeń ekologicznych naniesionych na opakowanie nie został spełniony. Oferta przystępującego podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kolorystyki produktów wskazanych w pozycjach: 41, 42, 49, 51, 52, 59, 63, 64 i 180 zał. 3a do swz, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z powyższego wynika zatem, że nie tylko wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy tworzy zarzut. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W niniejszej sprawie odwołujący nie wskazał w petitum odwołania kwestii kolorystyki określonych produktów, ale niewątpliwie kwestia ta została przedstawiona w uzasadnieniu odwołania. Wyżej wskazany brak w petitum odwołania, w tym brak wskazania naruszonego przepisu obowiązującego prawa w tym zakresie, nie powoduje zatem, że zarzut nie został postawiony, bo okoliczności faktyczne zostały wskazane w uzasadnieniu odwołania, z wniosków jasno wynika, że odwołujący oczekuje odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia, a Izba może samodzielnie dokonać subsumpcji. Zarzut dotyczący kolorystyki produktów został zatem wskazany i podlega rozpoznaniu.

Przechodząc do meritum tej kwestii, należy zauważyć, że w formularzu cenowym, w kolumnie zatytułowanej: „Parametry oferowanego produktu zgodne z opisem produktu (kolumna C) TAK/NIE", zamawiający oczekiwał potwierdzenia spełniania parametrów tylko przez wpisanie słowa: TAK lub NIE. Zamawiający nie oczekiwał wpisywania w tym miejscu, ani w żadnym innym, konkretnych parametrów oferowanych produktów, w tym konkretnych oferowanych kolorów. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kolorystyki artykułów z poz. 41, 42, 49, 51, 52, 59, 63, 64 i 180, a przystępujący udzielił wyjaśnień, ale nie można uznać, że przystępujący uzupełnił w tym zakresie swoją ofertę, skoro w ogóle nie był od początku zobowiązany jej w tym zakresie szczegółowo wypełniać.

Jednocześnie w treści oferty nie zastrzeżono, że będą dostarczane artykuły w kolorach innych niż wskazane w swz, a o takiej ewentualnej niezgodności nie świadczy też sformułowanie „różne kolory" w kolumnie pn. „Nazwa handlowa oferowanego produktu, model, kod producenta", gdyż sformułowanie to nie przesądza, jakie to będą kolory. Ponadto udzielone wyjaśnienia (a także dowody złożone przez przystępującego na rozprawie w postaci kart katalogowych produktów) potwierdzają, że przystępujący oferuje produkty w kolorach zgodnych z swz i co istotne - na rozprawie nie złożono żadnych kontrdowodów kwestionujących istnienie ww. produktów w takich właśnie kolorach.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi podstawa do stwierdzenia, że przystępujący uzupełnił, czyli dokonał zmiany swojej oferty w zakresie dotyczącym kolorystyki produktów i nie zachodzi podstawa do stwierdzenia niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, co oznacza, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

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

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu, Izba jeden zarzut dotyczący markerów suchościeralnych uwzględniła, zaś dwa zarzuty dotyczące ołówka automatycznego i kolorystyki poszczególnych produktów - oddaliła. Oznacza to, że zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/3, a odwołujący - w części 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (15.000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego (3.600 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego (3.600 zł), co razem daje kwotę 22.200 zł. Tym samym zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.400 zł (1/3 z 22.200 zł), a odwołujący - w wysokości 14.800 zł (2/3 z 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 14.800 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 7.400 zł.

Wobec powyższego Izba zasądziła zwrot kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego w wysokości 3.800 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (18.600 - 3.800 = 14.800 i 3.600 + 3.800 = 7.400).

Przewodniczący .....