

**WYROK**

**Warszawa dnia 13 stycznia 2025 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Protokolant:**Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 8 stycznia 2025r.

odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2024 r. przez **odwołującego**: S.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo – Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „ARAMIS” S.Z ul. Rolna 243, 10-804 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Skarb Państwa – 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz

**orzeka:**

- 1.uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 i nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz ponowne badanie i wybór najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1
- 2.kosztami postępowania obciąża **zamawiającego**: Skarb Państwa – 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz i:
  - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł. 00 gr. (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego**: S.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo – Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „ARAMIS” S.Z.ul. Rolna 243, 10-804 Olsztyn, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2.zasądza od **zamawiającego**: Skarb Państwa – 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz kwotę 8.976,00 zł. (sł.: osiem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) na rzecz **odwołującego**: S.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo – Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „ARAMIS” S.Z.ul. Rolna 243, 10-804 Olsztyn, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:**.....

**Uzasadnienie**

**Odwołanie – pismo z dnia 14 grudnia 2024r.**

Odwołanie dotyczy postępowania p.n. „Dostawa środków i artykułów higieny osobistej w 2025 r. nr postępowania 99/2024, liczba zadań: 2. Adres strony internetowej na której została udostępniona specyfikacja: Adres platformy zakupowej: Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - 2024/BZP 00564174/01 z 25.10.2024 r. Data publikacji/doręczenia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty: 09.12.2024rok.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego dotyczącej zadania nr 1, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy: 1) Wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1; 2) Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Agencja Handlowa M.E. dla zadania nr 1.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Handlowej M.E., która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaoferowany krem balsam do rąk posiada na etykiecie oznaczenie pojemności 50ml/g, a wymagana jest o nazwie krem do rąk o pojemności 50ml i posłużenie się nieaktualną kartą charakterystyki produktu.

Wniosek( żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty dla zadania nr 1; 2) odrzucenie oferty Agencja Handlowa M.E. w zadania nr 1 jako niezgodnej z SWZ 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie. W Formularzu

Ofertowym i Opisie przedmiotu zamówienia – zadania nr 1, poz.3 Zamawiający wskazał, aby zaferowany produkt posiadał nazwę „Krem do rąk (50ml)”. Firma Agencja Handlowa M. E. Pros zaproponowała produkt o nazwie krem balsam do rąk, paznokci i ciała Linea Vit cytrynowy o pojemności 50ml/g zgodnie z załączonym zdjęciem produktu z etykietą. Jest to nieprawidłowe oznakowanie produktu w zakresie pojemności i nazwy. Krem jest kosmetykiem i podlega rozporządzeniu (WE) nr 1223/2009 dot produktów kosmetycznych oraz ustawy z dnia 04 października 2018r. O produktach kosmetycznych (Dz.U. Z 2018 r., poz. 2227) . Kwestie podawania ilości produktu kosmetycznego uregulowane są w art. 19 ust. 1. lit b zgodnie z którym podaje się nominalną zawartość w momencie pakowania, wyrażoną w jednostkach masy lub objętości (. . ).Oznaczenie ilości produktu w opakowaniu 50ml/g łączy różne jednostki miary (masę i objętość) co jest sprzeczne z wyżej wymienionymi przepisami. Gram ( g ) to jednostka masy, a mililitr (ml) to jednostka objętości. Łączenie tych jednostek w jednym oznaczeniu sugeruje niejasne i potencjalnie nieprawdziwe informacje na temat rzeczywistych cech produktu. Oznaczenie 50ml/g wprowadza konsumentów w błąd sugerując , że produkt ma jednocześnie masę 50ml i objętość 50g, co jest niemożliwe w przypadku substancji innej niż woda. Nazwa produktu krem balsam też wprowadza konsumenta w błąd, ponieważ krem i balsam różnią się składem i konsystencją. Wymienione przepisy nie odnoszą się do określenia produktu kosmetycznego krem balsam, ale ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakazuje oznakowani produktu w sposób wprowadzający konsumenta w błąd , ponieważ jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Napisana i dołączona przez E.Pros karta produktu dotycząca kremu jest przekłamaniami, że krem ma pojemność 50ml i nazwę krem do rąk LINEAVIT cytryna 50 ml. Nie potwierdziła tej nazwy i pojemności żadnym zdjęciem, czy też kartą od producenta. Dołączyła zdjęcia tego produktu ze strony producenta którym jest nazwa Krem balsam do rąk, paznokci i ciała LineaVit 50ml Cytryna, a pod spodem zamieszczone nieczytelne zdjęcie produktu z etykietą. Jak przyjrzymy się dokładnie, lub obejrzymy pod lupą to zobaczymy, że jest tam pojemność 50ml/g. Dołączamy to zdjęcie w większym powiększeniu, które jest bardziej czytelne. Na żadnym zdjęciu produktu z etykietą przekazanym przez MILENĘ dla Zamawiającego nie ma potwierdzenia, że jest to produkt o nazwie krem do rąk i ma pojemności 50ml. M. poświadczyła nieprawdę w wyjaśnieniach z dnia 4/12/2024, że dostarczy krem do rąk o pojemności 50ml, nazwie LINEAVIT cytryna 50ml zgodnie ze stworzoną przez siebie, przekłamaną kartą produktu i zdjęciami opakowania (Na załączonych zdjęciach nie ma takiej nazwy i pojemności 50ml). Takiej nazwy tego produktu nie ma. Zgodnie ze zgłoszeniem tego kosmetyku do portalu CPNP nr 1297237( W ZAŁĄCZNIKU), kosmetyk ten może mieć nazwę LINEAVIT KREM BALSAM DO RĄK,PAZNOKCI I CIAŁA. Posłużyła również nieaktualną kartą charakterystyki z dnia 28.11.2006 r, aktualizowaną 26.10.2022r. Aktualna karta została sporządzona 16.11.2023 w której jest podana nazwa handlowa i pojemność produktu: KREM BALSAM DO RĄK,PAZNOKCI I CIAŁA Z EKSTRAKTEM Z CYTRYNY LIMETA 50ml/g. Dowody karta produktu Mileny, zdjęcia ze strony producenta wzajemnie się wykluczają, nazwą i pojemnością. Załączniki:

- aktualny zaświadczenie Odwołującego z CEIDG
- dowód uiszczenia wpłaty tytułem wpisu,
- dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu
- karta produktu stworzona przez Milenę, karta charakterystyki aktualna i zgłoszona
- zdjęcie kremu balsamu z zawartością kremu 50ml/g i bez pojemności.
- zdjęcie Mileny ze strony producenta i nasze bardziej czytelne
- badanie dermatologiczne kremu balsamu do rąk, paznokci i ciała
- pismo Głównego Inspektoratu Sanitarnego, dokument zgłoszenia kosmetyku do CPNP

### **Stanowisko Zamawiającego – Odpowiedź na odwołanie – pismo z dnia 23 grudnia 2024r.**

W związku z odwołaniem od czynności Zamawiającego dotyczącej rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 1: na dostawę środków higieny, stanowiącego część postępowania na „dostawę środków i artykułów higieny osobistej w 2025 r.”— sprawa nr 99/2024 — zadanie nr 1 i 2.

Zamawiający odnosząc się do złożonego odwołania przedstawił na piśmie następujące stanowisko w sprawie.

Zamawiający wnosi o:

1/. Oddalenie odwołania w całości na podstawie art. 553 ustawy Pzp:

1) z uwagi na fakt, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie wystąpiły żadne podstawy prawne wynikające z art. 226 (w tym art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp) ani faktyczne do odrzucenia oferty nr 3, złożonej przez E.P., Agencja Handlowa M.E., ul. Sanatoryjna 63, 85-474 Bydgoszcz.

Zarzut Odwołującego sprowadzający się do zakwestionowania w zadaniu nr 1 zgodności zaferowanego przedmiotu

zamówienia przez Elżbietę Pros, Agencja Handlowa M.E., ul. Sanatoryjna 63, 85-474 Bydgoszcz, w pozycji asortymentowej numer 3 określonej przez Zamawiającego jako „Krem do rąk (50 ml)” jako niezgodności oferty z warunkami zamówienia w myśl art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP jest bezzasadny i nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle akt sprawy i złożonych przez wyżej wymienionego Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych — art. 106 ustawy PZP (dokumenty z dnia 02.12.2024 r. - nr rej. 3637/24/ZAM z dnia 03.12.2024 r., dokumenty z dnia 02.12.2024 r. - nr rej. 3638/24/ZAM z dnia 03.12.2024 r.,) wraz z wyjaśnieniami złożonymi w wyniku wezwania skierowanego do Wykonawcy — art. 107 ust. 4 ustawy Pzp (dokumentacja wyjaśnień z dnia 05.12.2024 r. - nr rej. 3703/24/ZAM z dnia 06.12.2024 r., dokumentacja wyjaśnień z dnia 05.12.2024 r. — nr rej. 3705/24/ZAM z dnia 06.12.2024 r.).

Pomimo, iż dokumenty przedkładane, w odpowiedzi na wezwania kierowane przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert, w sposób m.in. dublujący część dokumentów już złożonych, lub takich, które faktycznie nie dotyczą przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem w prowadzonym przez 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (co mogło powodować utrudnienia w ocenie oferty), zdecydowanie i bez jakichkolwiek wątpliwości należało uznać, iż nie wystąpiły okoliczności, które stanowiłyby o niezgodności oferty ze Specyfikacją Warunków Zamówienia.

Zamawiający przeprowadził pełen wyczerpujący proces weryfikacji oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych, w tym wyjaśniając w myśl art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Ustawy PZP wszelkie rozbieżności i wątpliwości względem przedłożonych dokumentów.

W żadnej mierze przedmiot kwestionowany przez Odwołującego nie jest obarczony wadliwością i niezgodnością wobec wymagań określonych Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ) oraz w szczególności opisem przedmiotu zamówienia (OPZ — Załącznik nr 1 do SWZ).

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

2/. Oddalenie wniosku Odwołującego:

- a) o unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 09.12.2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1,
- b) o odrzucenie w zadaniu nr 1 oferty nr 3 Wykonawcy E.P., Agencja Handlowa M.E., ul. Sanatoryjna 63, 85-474 Bydgoszcz,
- c) o nakazanie dokonania w zadaniu nr 1, wyboru oferty nr 4 S.Z. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ARAMIS” ul. Rolna 243, 10-804 Olsztyn, jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania PZP oraz SWZ,

3/. zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający podnosi, iż treść odwołania nie wskazuje na jakiegokolwiek naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść odwołania opiera się jedynie na kierowanych uwagach w stosunku do kwestionowanej oferty (co ma miejsce w całym okresie trwania postępowania, również po dacie wniesienia odwołania w zakresie nieobjętym niniejszą procedurą odwoławczą) w oderwaniu od rzeczywistych wymagań określonych SWZ.

Odwołanie opiera się na bazie wiedzy Odwołującego i pozyskiwanych informacjach poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w tym w odniesieniu do samego producenta Marona Cosmetics T.M., ul. Fabryczna 6, 32-500 Chrzanów, jako wprowadzającego „w błąd” rynek konsumencki, co w ocenie Zamawiającego, nie może być i nie jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak kierowane wnioski, w tym zakresie wykraczają poza granice działania, wiedzę i kompetencje Zamawiającego oraz poza precyzyjnie określone wymagania w SWZ.

Wobec przekazywanych pojedynczo innych uwag nie podniesionych w treści odwołania poprzez kierowane e-mail ze strony Odwołującego, Zamawiający informuje, że udzielał odpowiedzi w przedmiocie kolejno wnoszonych uwag, z których de facto jak należy założyć — Odwołujący się wycofał, gdyż ich treści w odwołaniu nie podniósł. Przedstawione stanowisko Zamawiającego jak poniżej odnosi się literalnie do zarzutów będących faktycznie przedmiotem odwołania i tylko te winny zostać rozpatrzone.

#### Uzasadnienie stanowiska Zamawiającego

Odwołujący formułując zarzut, kwestionuje zgodność oferowanego przez Wykonawcę E.P., Agencja Handlowa M.E., ul. Sanatoryjna 63, 85-474 Bydgoszcz, produktu (pozycja asortymentowa nr 3 - zadanie nr 1) o nazwie: KREM BALSAM DO RĄK, PAZNOKCI I CIAŁA LINEA VIT 50ml CYTRYNA z SWZ: w tym miejscu zamieszczone zdjęcie opakowania produktu: MARONA cosmetics LINEA VIT krem balsam do rąk, paznokci i ciała z ekstraktem z cytryny do skóry suchej i normalnej

dalej opis składu chemicznego i inne informacje w tym oznaczenie producenta, zawartość 50ml/g

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się do następujących kwestii:

- 1) został zaoferowany o oznaczeniu pojemności „50ml/g” co w ocenie Odwołującego jest niezgodne z SWZ, gdyż Zamawiający wymagał: „50ml”;
- 2) do produktu została złożona nieaktualna karta charakterystyki;
- 3) nazwa produktu jest niezgodna z SWZ;
- 4) oznakowanie produktu jest nieprawidłowe w zakresie pojemności i nazwy gdyż sugeruje jednocześnie jak twierdzi Odwołujący: że produkt ma jednocześnie masę 50ml i objętość 50g a jest to niemożliwe, gdyż krem i balsam różnią się składem i konsystencją (w tym zakresie kierowane uwagi co do naruszenia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak wynika z treści odwołania odnoszą się do Producenta a nie Zamawiającego czy Wykonawcy Agencja Handlowa M.E..

W odniesieniu do pkt. 1):

W zakresie zarzutu, iż Wykonawca Agencja Handlowa M.E., zaoferował produkt o oznaczeniu pojemności „50ml/g” a wymagana jest pojemność „50ml” prowadzi w ocenie Odwołującego do powstania niezgodności z SWZ (jako podstawy do odrzucenia oferty art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp), jest bezpodstawne i tak przyjęta interpretacja Odwołującego jest całkowicie błędna. Tak przedstawione oznaczenie nie stanowi „działania matematycznego” ani znaku równości pomiędzy „ml = g” Wnioski Odwołującego wybiegają poza rzeczywisty i prosty odczyt (interpretację) w zakresie posługiwania się przez producentów takim oznaczeniem.

Zamawiający zarówno w SWZ Rozdział 3 ust. 1 jak i OPZ — opis przedmiotu zamówienia — Załącznik nr 1 do SWZ pozycja asortymentowa nr 3 — jednoznacznie wymagał pojemności „50ml”. Zaoferowany produkt, jak również wskazuje na to zdjęcie produktu ma oznaczenie „50ml/g” co wprost oznacza, iż produkt ma 50ml (i ten już fakt powoduje spełnienie wymogu z SWZ co do pojemności) a oznaczenie „g” jest standardową jednostką, gdzie przy takim oznaczeniu produktu w zwyczajowej nomenklaturze uznaje się przyjęcie ogólne gęstości dla danej grupy substancji (w tym przypadku: grupa emulsje, na którą składają się kremy, balsamy) = 1. Dla tej grupy produktów podaje się m.in. w powyżej wymieniony sposób „gęstość”.

Z karty charakterystyki Producenta ponadto wynika, iż gęstość = 50 g l cm<sup>3</sup>, więc oznaczenie przy przyjęciu ogólnej gęstości dla grupy „emulsje” 1, faktycznie jest zgodne z oznaczeniem produktu „50ml/g”. Kwestionowanie tego faktu jest bezpodstawne.

Produkt jest zgłoszony do CPNP (portalu zgłaszania produktów kosmetycznych) pod nr 1297237, co nawet wskazuje sam Odwołujący. Zarzuty w tym zakresie są kompletnie bezpodstawne.

A. Gawrońska-Baran, w komentarzu do art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. podkreśla, że dla zastosowania tej podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarze, Warszawa 2021, s. 635).

Skoro Zamawiający oczekiwał wykazania jednego parametru pojemności stanowiącego 50ml, a Wykonawca wprost ten fakt potwierdził, co również uzasadnia materiał dowodowy (m.in. zdjęcie produktu), zarzut w tym zakresie należy uznać jako bezprzedmiotowy i oparty na mylnych wnioskach i analizie Odwołującego.

Gdyby Zamawiający domagał się wykazania tzw. gęstości (d), czyli masy właściwej - stosunek masy (m) do objętości (v) danej substancji, sytuacja oceny oferty tej i pozostałych musiałaby być odmienna, gdyż gęstość określa, ile gram danej substancji równa się ilu mililitrom. GĘSTOŚĆ = WAGA (gramy)/POJEMNOŚĆ (ml),  $d = m/v$ . W prowadzonym postępowaniu takich uwarunkowań Zamawiający nie zawierał, nie było to konieczne dla tak oczywistych i powszechnie stosowanych i używanych, ogólnie dostępnych produktów.

Oferta definiowana jest jako oferta sensu stricte, którą stanowi formularz ofertowy, cenowy (art. 78 §1 zdanie pierwsze oraz art. 73 § 1 k.c. a także art. 66 § 1 k.c.). Nie wystąpiły w zakresie treści oferty jak powyżej jakiegokolwiek niezgodności z SWZ jako podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pkt. 2)

Zamawiający wskazuje, iż nie wymagał w SWZ - wraz z ofertą lub na jego wezwanie w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego złożenia czy legitymowania się przez Wykonawców kartami charakterystyki produktu. W Rozdziale 9 SWZ: „Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych oraz pozostałych dokumentów — ust. 2 „Przedmiotowe środki dowodowe”, Zamawiający zawarł informację, iż wymaga: nazwy handlowej produktu oraz nazwy producenta oraz karty wyrobów zawierającej dane:

- a) oznaczenie, której pozycji asortymentowej dane i zobrazowanie dotyczy według formularza ofertowego
- b) zdjęcie I rysunek poglądowy towaru, który będzie dostarczany w przypadku wyboru oferty Wykonawcy (Zamawiający dopuszcza wydruki etykiet z internetu, kopię, zdjęcie)
- c) krótki merytoryczny opis produktu — charakterystyka w języku polskim co najmniej w zakresie:

zadanie nr 1 — dla każdego produktu Wykonawca podaje dane w zakresie:

cel stosowania produktu

podstawowy skład / zawartość składników (podobnie jak określenie dokonane przez Zamawiającego) gramatura / pojemność rodzaj opakowania data terminu przydatności do użycia:

- dla poz. 1, 6 i 9 nie krótsza niż 24 miesiące od dnia dostawy,
- dla poz. 2 4, 5 nie krótsza niż 20 miesięcy od dnia dostawy,
- dla poz. 3 i 8 nie krótsza niż 12 miesięcy od daty otwarcia.

Karty charakterystyki właściwe dla oferowanych produktów są wymagane na etapie realizacji umowy wraz z dostawą. Jak stwierdził Wykonawca: Agencja Handlowa M.E. w procedurze wyjaśniania (z art. 107 Pzp) karta charakterystyki, na którą powołuje się Odwołujący została złożona jako materiał poglądowy, który był wykorzystywany przy realizacji innych dostaw na rzecz innych Zamawiających, a został złożony w prowadzonym postępowaniu (przez ostrożność Wykonawcy i obawę czy pozostałe dokumenty, w tym przedmiocie będą wystarczające według zasady „lepiej więcej niż mniej”). Karta ta nie była dokumentem wymaganym i ma charakter jedynie w celu pokazania Zamawiającemu składu fizykochemicznego bez wartości dowodowej odnoszącej się do celu w jakim przedmiotowe środki dowodowe są składane.

W odniesieniu do pkt. 3)

Odwołujący wielokrotnie w treści odwołania zarzuca, iż oferowana przez Agencję Handlową M.E. nazwa produktu jest niezgodna z SWZ. Zamawiający całkowicie uznaje ten zarzut za bezpodstawny i bezprzedmiotowy.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy podali m.in. „nazwę handlową produktu” — Rozdział 9 ust. 2 SWZ. Agencja Handlowa M.E. przedstawiła taką informację gdzie nazwą handlową oferowanego produktu jest: KREM BALSAM DO RĄK, PAZNOKCI I CIAŁA LINEA VIT 50ml CYTRYNA.

Opis produktu zawarty na stronie internetowej Producenta wyraźnie traktuje produkt jako „KREM”. Producent opisując produkt mówi o nim „krem” i taką nomenklaturą się posługuje w ofertach handlowych.

Fakt ten potwierdzają złożone przez Wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe, jak i również dostępne powszechnie źródła katalogowe i internetowe (w związku z powszechnością produktu i pełnym jego ogólnym dostępie: <https://marona.pl/produkty/krem-balsam-do-rak-paznokci-i-cialalinea-vit-50ml-cytryna>).

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający nie żądał postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) stosowania nazwy, której użył Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia.

Nadto stwierdzić należy, że nazwa produktu na etykiecie zewnętrznej jego opakowania oznacza wyłącznie nazwę handlową produktu będącą zwykle nazwą własną, do której używania wyłączne prawo przysługuje podmiotowi zastrzegającemu. Nazwa handlowa zawsze tworzy markę produktu i służy do wyróżnienia jednego produktu od drugiego, jak i do jego identyfikacji na rynku. Tak więc nazwa handlowa własna to w istocie oznaczenia towaru w obrocie gospodarczym za pomocą znaku towarowego w rozumieniu art. 120 ust. 1-3 ustawy z dnia 30 czerwca Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2023 r., poz. 1170). Znak towarowy to oznaczenie produktu wyrazami, rysunkami w sposób pozwalający odróżnić dany produkt od innych. Powszechnie wiadomo, że przy wprowadzaniu na rynek kremów kosmetycznych nastąpiło spoliczenie nazw handlowych — nazwy handlowe — własne przekształciły się w ich wspólne używanie dla całych grup produktów (np. krem do rąk).

Uznać należy, więc że rzeczywiste właściwości i przeznaczenie tego produktu wynika również z Karty charakterystyki z dnia 16.12.2023 r. wersja 01 strona 3. W pkt 9 określono, że ze względu na właściwości produkt stanowi KREM DO

RAK.

Powszechnie uznaje się w kosmetologii, że kremy i balsamy mogą różnić się zawartością wody, ale nie muszą. Według uznanych na świecie ekspertów laboratoryjnych firmy UNIVAR SOLUTIONS krem do rąk może zawierać od 60-85% wody, a balsam do 90% wody. Skoro, więc teoretyzując krem do rąk zawiera, np. 85% wody to jednocześnie ma cechy balsamu (do 90% wody).

Ponadto pismo, na które powołuje się Odwołujący (dowód w sprawie CH.NR.621.212.2024 z 09.12.2024 r.), świadczy o błędnej interpretacji Odwołującego co do stosowania nazw produktów, ich określania, czy wskazywania ilości i składu, w tym uprawnień Producentów konkretnych grup asortymentowych. Jednocześnie Główny Inspektorat Sanitarny wyjaśnił, że cyt. „przepisy rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 dot. Produktów kosmetycznych nie odnoszą się do używania określeń dot. Postaci produktu kosmetycznego — krem, balsam itp. Również zgodnie z przepisami ustawy z dnia 04 października 2018 r. o produktach kosmetycznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 2227) Główny Inspektorat Sanitarny oraz organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej nie są upoważnione do opiniowania nazwa produktów.

Kwestie podawania ilości produktu kosmetycznego (tak jak to ma miejsce dla przedmiotu zamówienia 50ml/g) „podaje się nominalną zawartość w momencie pakowania, wyrażoną w jednostkach masy lub objętości (s..)”

Mając na uwadze faktyczne wymagania określone w SWZ, oraz nadto chociażby jednoznaczne stanowisko Głównego Inspektoratu Sanitarnego — należy podkreślić, iż tym bardziej nie występują podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z treścią wniesionego odwołania.

W odniesieniu do pkt. 4)

Z opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) wynika, iż ewidentnie został zaoferowany „krem”: cyt. „Krem do pielęgnacji rąk, paznokci i ciała. Ma właściwości rewitalizujące, przywraca skórze gładkość, elastyczność, świeżość, młody wygląd, zmniejsza pojawianie się wczesnych oznak starzenia się skóry. Innowacyjne połączenie działania składników okluzyjnych lanoliny i alantoiny z witaminami A +E i prowitaminą B5 intensywnie pobudza wzrost i regenerację komórek zmęczonej skóry”

Składniki: Aqua, Petrolatum, Glyceryl Stearate SE, Cetearyl Alcohol, Glycerin, Cetearth-20, Phenoxyethanol, Dimethicone, Propylene Glycol (and) Citrus Medica Limonum Extract, Persea

Gratissima Oil, Parfum, Lanolin, Allantoin, Panthenol, Tocepheryl Acetate, Retinyl Acetate, Citral, Limonene, Linalool. Potwierdzają również fakt, zaoferowania „po prostu” kremu do rąk, a nie jak dowodzi Odwołujący „balsamu” (mimo tak brzmiącej nazwy handlowej produktu).

Produkt jest (zgodnie również z kartą charakterystyki załączoną jako dowód w sprawie przez Odwołującego) jednoznacznie zakwalifikowany do kosmetyków zgodnie z „Informacją o produkcie kosmetycznym” stanowiącą o tym, iż produkt: KREM BALSAM DO RĄK, PAZNOKCI I CIAŁA LINEA VIT 50ml CYTRYNA jest to produkt kosmetyczny zgod Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego w Rady (WE) NR 1223/2009 z 30 listopada 2009 r. dotyczącym produktów kosmetycznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 2227).

Dowodem na potwierdzenie, iż zaoferowany produkt został zakwalifikowany jako krem jest również Raport analityczny, poniżej Zamawiający przedstawia wyciąg z raportu:

eurofins

Eurofins Polska Sp. z.o.o. Aleja Wojska Polskiego 90 A

PL-82 200 Malbork

POLSKA

Tel. +48 55 272 04 73. Fax-AB 1334 w%W.eurofins.pt

Marona Cosmetics T.M.

Fabryczna 6

32-500 Chrzanów

POLSKA

Data raportu 29.03.2023

Raport analityczny AR-23-ST-040480-01

Numer próbki 720-2023-00063460

Rodzaj próbek Krem do rąk i paznokci \*Linea VIVAPPUGalicia\* cytryna

Wysyłający próbkę Marona Cosmetics T.M.

Zlecający badania Marona Cosmetics T.M.

Data zlecenia klienta 20.03.2023

Numer zlecenia 558

Data przyjęcia próbki 21.03.2023

Próbki dostarczono przez Firmę kurierską

Stan próbki bez zastrzeżeń

Data pobrania próbki 20.03.2023

Próbki pobrano przez zleceniodawcę

Sposób pobrania próbki/próbek brak danych

Cel badania brak danych

Numer Partii 00558

Opakowanie Tubka

Ilość próbek zbadanych 1

Data rozpoczęcia badania 23.03.2023

Data zakończenia badania 28.03.2023

Zamawiający wskazuje również, że w żaden sposób nie naruszył art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5) w zw. z art. 239

Zamawiający wykonując czynności w postępowaniu — zadanie nr 1— przeprowadził proces badania i oceny ofert w jednakowy i przejrzysty sposób, zapewniając zachowanie równego i uczciwego traktowania każdego z Wykonawców oceniając ich oferty oraz dokumenty według tych samych zasad wynikających z ustawy Pzp i Specyfikacji Warunków Zamówienia (art. 16 i art. 17 ustawy Pzp). „Zasada równego traktowania Wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie Wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących Wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich Wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji” - Irmína Pawlik, DNPZP 2023, Nr 1. Zamawiający przeprowadził pełen proces badania i oceny ofert z poszanowaniem wszystkich zasad zamówień publicznych i reguł jak powyżej. Zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują żadnego uzasadnienia w przedmiocie sprawy.

Reasumując, Zamawiający w wyniku przeprowadzenia szczegółowych analiz, uzyskania materiałów dowodowych wskazuje z pełnym przekonaniem i zgodnym stanem faktycznym z opisywanym, iż w przedmiocie odwołania nie potwierdziły się żadne z zarzutów, bezspornie nie zasługują one na uwzględnienie. Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości w wyniku całości materiału z oceny ofert, co do zgodności kwestionowanej oferty wobec postanowień SWZ.

Zamawiający załącza pismo z 23.12.2024 r. producenta „KREM BALSAM DO RĄK, PAZNOKCI I CIAŁA LINEA VIT 5 CYTRYNA” — Marona Cosmetics T.M. w celach informacyjnych.

Załączniki: 10 na 228 str.

1. Umocowanie do reprezentowania Zamawiającego — 1 na 4 str.;

2. Oferta nr 3, złożona na Platformie Zakupowej 13 WOG przez Wykonawcę: AGENCJA HANDLOWA MILENA ELŻBIE PROS, ul. Sanatoryjna 63, 85-474 Bydgoszcz - 1 na 13 str.;

3. Wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr rej. 3500/24/ZAM z dnia 26.11.2024 r.) — 1 na 5 str.,

4. Odpowiedź na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 02.12.2024 r. (nr rej. 3637/24/ZAM z dnia 03.12.2024 r.) — 1 na 147 str.,
5. Odpowiedź na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 02.12.2024 r. (nr rej. 3638/24/ZAM z dnia 03.12.2024 r.) - 1 na 4 str.;
6. Wezwanie do złożenia wyjaśnienia w sprawie złożonych w dniu 03.12.2024 r. przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr rej. 3637/24/ZAM z dnia 04.12.2024 r.) — 1 na 4 str.;
7. Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnienia w sprawie złożonych w dniu 02.12.2024 r. przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 05.12.2024 r. (nr rej. 3703/24/ZAM z dnia 06.12.2024 r.) — 1 na 8 str.,
8. Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnienia w sprawie złożonych w dniu 02.12.2024 r. przedmiotowych środków dowodowych do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 05.12.2024 r. (nr rej. 3705/24/ZAM z dnia 06.12.2024 r.) — 1 na 12 str., 9. Dowody ze źródeł producenta — 1 na 19 str.;
10. Pismo producenta „Maron Cosmetics T.M.” z dnia 23.12.2024 r. — 1 na 12 str.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołanie dotyczy postępowania pod nazwą „Dostawa środków i artykułów higieny osobistej w 2025 roku. Numer postępowania: 99/2024, liczba zadań w postępowaniu: 2 (dwa). Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych-2024/BZP 00564174/01 z dn.25.10.2024 roku. Data publikacji/doręczenia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty: dn.09.12.2024 rok.

Przedmiot sporu dotyczy zadania nr 1, zarzut odwołującego sprowadza się do niezgodności treści oferty wybranej przez zamawiającego z treścią swz-o.p.z (specyfikacja warunków zamówienia - opis przedmiotu zamówienia), to jest wyborem oferty, którą zamawiający miał obowiązek odrzucić. Żądanie odwołania, to nakazanie zamawiającemu unieważnienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu odrzucenie wybranej oferty, po czym ponowne badanie i ocenę złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej oferty, ze wskazaniem na ofertę odwołującego.

Izba przeprowadziła postępowanie wyjaśniające w sprawie na posiedzeniu i rozprawie, uwzględniając złożone pisma to jest odwołanie z dnia 14.12.2024r. i odpowiedź na odwołanie z dnia 23.12.2024r., których treść przedstawiono powyżej w uzasadnieniu wyroku oraz pismo odwołującego z dnia 8 stycznia 2025r. (w aktach sprawy) złożone na posiedzeniu Izby, a dotyczące stanowiska odwołującego do odpowiedzi zamawiającego wraz z załączonymi do nich dokumentami, jak i dokumentacją zamawiającego, przekazaną do akt sprawy, rozstrzygając w sprawie Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania w całości.

Odwołanie wskazuje na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty E.P. prowadzącej działalność pn. Agencja Handlowa M.E. w Bydgoszczy dalej „wykonawca wybrany” i „oferta wybrana”, która to oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania zamawiającego (swz), złożonej oferty przez wykonawcę wybranego oraz potwierdzeniem tej okoliczności w odwołaniu i w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie:

1. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do swz zadanie nr 1, poz.3 określił w szczególności następująco zamawiany produkt: Krem przeznaczony do codziennej pielęgnacji rąk narażonych na szkodliwe działanie czynników zewnętrznych. Krem powinien szybko się wchłaniać, nawilżać i natłuszczać skórę zapewniając dłoniom gładkość i miękkość. Opakowanie jednostkowe 50ml, tubka lub pudełko.
2. Wykonawca wybrany zaoferował w złożonej ofercie produkt o nazwie „Krem balsam do rąk, paznokci i ciała Linea Vit cytrynowy o pojemności 50ml/g”, zgodnie z załączonym zdjęciem produktu z etykietą, co potwierdza również zamawiający przedstawiając zdjęcie na stronie 4 odpowiedzi na odwołanie.

Izba porównując Opis Przedmiotu Zamówienia z SWZ ze złożoną ofertą wykonawcy wybranego, stwierdza niezgodność dotyczącą rodzaju kosmetyku wymaganego z oferowanym kosmetykiem. Zamawiający wymaga „kremu do rąk w tubce lub pudełku o pojemności 50ml”, a wykonawca wybrany oferuje „Krem balsam do rąk, paznokci i ciała Linea Vit cytrynowy o pojemności 50ml/g”. Izba porównując ofertę wykonawcy wybranego z swz/o.p.z nie znajduje podstaw ani formalnych, ani prawnych do zastosowania przez zamawiającego trybu procedury wyjaśniającej opartej o art. 107 ust.4 w zw. z art.223 ust.1 Pzp, ponieważ oferta wykonawcy wybranego jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości co do jej treści.



Według wiedzy i doświadczenia życiowego Izby krem/maść ma postać o stałej konsystencji, a balsam/mleczko kosmetyczne ma postać o płynnej konsystencji. Poza tym jak wiedza powszechna wskazuje w przypadku porównania kremu i balsamu pojemność/ml nie jest tożsama z wagą/gr/g, a to nie wynika z oferty wykonawcy wybranego, który podając jednostkę pojemności i wagi „kremu balsamu” je równoważy podając „50ml/g”.

Nawet platforma Wikipedia dostrzega różnicę pojęć „balsam” od „krem” do ciała”, wyjaśniając „Nazwy „krem” i „balsam” do ciała często stosowane są zamiennie na te same produkty. Różnice w nazewnictwie najczęściej dotyczą konsystencji kosmetyków do pielęgnacji ciała. Na ogół kremy charakteryzują się gęstszą, bogatszą konsystencją, podczas gdy balsamy mają lżejsze, szybciej wchłaniające się formuły”.

Co prawda wiedza Wikipedii odnosi się do ciała, ale nawet w niej dostrzega się różnice między kremem i balsamem. W tej sytuacji odpowiedź dla zamawiającego powinna być prosta, „zamawia krem do rąk czy balsam do rąk”.

Natomiast podsumowując rozważania zamawiający zamawia po pierwsze „krem”, a nie „balsam” po drugie „do rąk”, a nie „do rąk, paznokci i ciała” . Natomiast wykonawca wybrany oferuje tzw. hybrydę to jest „krem i balsam” w jednym oraz do rąk, paznokci i ciała” również w jednym. Izba uznaje, że nie ma potrzeby przeprowadzania dowodów na możliwość w jednym „kremu i balsamu”, a to dlatego, że zamawiający zamawia „krem” do rąk ,a nie oferowany przez wykonawcę wybranego „ krem balsam do rak, paznokci i ciała”. Marginalną, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu kwestią jest już okoliczność czy 50 ml/g równa się tej samej pojemności i wadze w przypadku kremu oraz balsamu. To tak jakby zamawiający zamawiał albo pojazd spalinowy, albo pojazd elektryczny, a oferent złożył ofertę na pojazd hybryda.

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzać na rzecz Odwołującej od Przystępującej kwotę 8.976,00 zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego, według złożonej faktury vat.

**Przewodniczący:.....**