

Sygn. akt: KIO 3433/23

WYROK
z dnia 4 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BESKID PLUS” T., C.Sp. Jawna z siedzibą w Cieszynie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Archiwum Akt Nowych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Kiel Tech Sp. z o.o.**

z siedzibą w Kielcach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie dotyczącym naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp odnośnie kwestionowanych w odwołaniu pozycji: 14, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28 opisu przedmiotu zamówienia, w związku z wycofaniem ww. zarzutów przez odwołującego;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BESKID PLUS T., C.Sp. Jawna z siedzibą w Cieszynie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BESKID PLUS” T., C.Sp. Jawna z siedzibą w Cieszynie na rzecz zamawiającego Archiwum Akt Nowych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3433/23

Uzasadnienie

Archiwum Akt Nowych z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Opakowania ochronne na materiały archiwalne wieczystego przechowywania; numer referencyjny: 26.444.2023 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”),

o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00472248.

W dniu 10 listopada 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Kiel Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** (dalej „Kiel Tech” lub „przystępujący”).

W dniu 15 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BESKID PLUS” T., C.Sp. Jawna z siedzibą w Cieszynie** (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec dokonania przez zamawiającego czynności w postępowaniu w sposób, który narusza niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kiel Tech pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Kiel Tech wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

3.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Kiel Tech, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; dokonania ponownej oceny ofert; wezwania wykonawcy Kiel Tech do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty; odrzucenia oferty Kiel Tech z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu; dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród pozostałych ofert.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw.

z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kiel Tech pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Na wstępie wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika w jakiej sytuacji można mówić o braku zgodności treści oferty z treścią specyfikacji i wynikające z tego konsekwencje w postaci odrzucenia takiej oferty.

Dalej powołał się na zapisy dokumentów zamówienia w niniejszym postępowaniu, przypominając, że w załączniku nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”)

- Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”), zamawiający zamieścił szczegółowe wymagania dotyczące zamawianych trzydziestu (30) rodzajów opakowań ochronnych na materiały archiwalne wieczystego przechowywania. Zamawiający postawił w niniejszym postępowaniu duży nacisk na wymagania jakościowe, czego dowodem jest m.in. przyjęcie ceny, zgodnie

z art. 246 ust. 2 ustawy Pzp, jako wyłącznego kryterium oceny (pkt XIV.1 i 2 SWZ). Zamawiający w pkt III.5 SWZ wskazał również, że przedmiot zamówienia jest dedykowany

do zabezpieczenia i przechowywania archiwaliów, dlatego wymaga, by ewentualne przenosiny, zmiany opakowań lub przepakowywania odbywały się w zakresie analogicznym do zaproponowanych parametrów fizycznych dostarczonego zamówienia. Nawet drobne różnice mieszczące się w wymaganych parametrach mogą mieć istotny wpływ na jakość, czas i specyfikę przechowywania. Także powyższa adnotacja wskazuje, że zamawiający przykłada dużą wagę do aspektu jakościowego opakowań ochronnych. Z kolei zgodnie

z postanowieniami pkt IX.1 SWZ wykonawca przygotowuje i składa ofertę na „Formularzu oferty”, stanowiącym załącznik do SWZ i udostępnionym przez zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. W ramach przedmiotowego Formularza ofertowego wykonawca zobowiązany był m.in. do wypełnienia Tabeli kosztorysowej, poprzez wskazanie producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, dla wszystkich trzydziestu pozycji tabeli.

Po dokonaniu analizy oferty złożonej przez Kiel Tech, oraz dysponując informacjami na temat aktualnej oferty handlowej tego wykonawcy, odwołujący stwierdził, że zaoferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w SWZ (bądź też wykonawca ten nie posiada w swoim asortymencie tego typu materiałów jak wymagane

w OPZ), w następującym zakresie.

1)POZYCJA 14 OPZ - TECZKI ARCHIWALNE typ N o wymiarach 380 mm x 260 mm x 40 mm.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował następujące wymagania dla przedmiotowego produktu: Elementy teczki: Miejsca zgięć muszą być bigowane. Mniejsze skrzydełka muszą mieć szerokość równą szerokości teczki. Wykonane z kartonu ze 100% celulozy, o gramaturze 400 g/m², wartości pH większej od 7,5, rezerwie alkalicznej większej od 0,4 mol/kg, liczbie Kappa mniejszej od 5. Karton musi posiadać certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Teczka musi być wiązana tasiemką o szerokości 10 mm, wykonaną w 100% z celulozy bawełnianej niebielonej chemicznie o neutralnym pH. Zamawiający dopuszcza użycie kleju do mocowania tasiemek. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie.

Wykonawca Kiel Tech zaoferował w tej pozycji teczki archiwalne typ N własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie teczki typu N o gramaturze 400 g/m², której karton posiada certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Przypomniał, że w świetle przywołanych wyżej wymagań OPZ, oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać ściśle określone parametry i wymagania jakościowe, a nadto posiadać wymagany certyfikat oraz atest PAT. Okoliczność, iż dokumenty te będą składane przez wykonawcę dopiero na etapie dostawy opakowań ochronnych, nie zmienia faktu,

iż oferowany produkt musiał być uprzednio certyfikowany, na okoliczność spełniania żądanej normy ISO oraz przebadany pod kątem jakości archiwalnej materiału i jego wykorzystania

w opakowaniach fotograficznych (atest PAT wg normy ISO 18916:2007). Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby

profesjonalny wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym nie miał wiedzy i pewności co do tego, czy oferowany przez niego produkt spełnia wymagania jakościowe określone w OPZ. Brak posiadania przez wykonawcę

w momencie złożenia oferty przetargowej wymaganych badań (certyfikat ISO i atest PAT) czyniłby złożoną ofertę niewiarygodną, nierzetelną a przede wszystkim niezgodną

z warunkami zamówienia. Czym innym jest bowiem wymóg przedstawienia certyfikatu ISO

i atestu PAT na etapie dostawy, a czym innym wymóg posiadania certyfikatu ISO i atestu PAT przez zaofferowany produkt. Ten ostatni wymóg musi być spełniony już w momencie upływu terminu składania ofert.

2)POZYCJA 15 OPZ - TECZKI ARCHIWALNE typ O o wymiarach 350 mm x 260 mm x 40 mm.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował następujące wymagania dla przedmiotowego produktu: Elementy teczki: Miejsca zgięć muszą być bigowane. Mniejsze skrzydełka muszą mieć szerokość równą szerokości teczki. Wykonane z kartonu ze 100% celulozy, o gramaturze 400 g/m², wartości pH większej od 7,5, rezerwie alkalicznej większej od 0,4 mol/kg, liczbie Kappa mniejszej od 5. Karton musi posiadać certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Teczka musi być wiązana tasiemką o szerokości 10 mm, wykonaną w 100% z celulozy bawełnianej niebielonej chemicznie o neutralnym pH. Zamawiający dopuszcza użycie kleju do mocowania tasiemek. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie.

Wykonawca Kiel Tech zaofferował w tej pozycji teczki archiwalne typ O własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie teczki typu N o gramaturze 400 g/m², której karton posiada certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Przypomniał, że w świetle przywołanych wyżej wymagań OPZ, oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać ściśle określone parametry i wymagania jakościowe, a nadto posiadać wymagany certyfikat oraz atest PAT. Okoliczność, iż dokumenty te będą składane przez wykonawcę dopiero na etapie dostawy opakowań ochronnych, nie zmienia faktu,

iż oferowany produkt musiał być uprzednio certyfikowany na okoliczność spełniania żądanej normy ISO oraz przebadany pod kątem jakości archiwalnej materiału i jego wykorzystania

w obudowach fotograficznych (atest PAT wg normy ISO 18916:2007). Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby profesjonalny wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym nie miał wiedzy i pewności co do tego, czy oferowany przez niego produkt spełnia wymagania jakościowe określone w OPZ. Brak posiadania przez wykonawcę

w momencie złożenia oferty przetargowej wymaganych badań (certyfikat ISO i atest PAT) czyniłby złożoną ofertę niewiarygodną, nierzetelną a przede wszystkim niezgodną

z warunkami zamówienia. Czym innym jest bowiem wymóg przedstawienia certyfikatu ISO

i atestu PAT na etapie dostawy, a czym innym wymóg posiadania certyfikatu ISO i atestu PAT przez zaofferowany produkt. Ten ostatni wymóg musi być spełniony już w momencie upływu terminu składania ofert.

3)POZYCJA 16 OPZ - TECZKI ARCHIWALNE typ P o wymiarach 380 mm x 280 mm x 40 mm.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował następujące wymagania dla przedmiotowego produktu: Elementy teczki: Miejsca zgięć muszą być bigowane. Mniejsze skrzydełka muszą mieć szerokość równą szerokości teczki. Wykonane z kartonu ze 100% celulozy, o gramaturze 400 g/m², wartości pH większej od 7,5, rezerwie alkalicznej większej od 0,4 mol/kg, liczbie Kappa mniejszej od 5. Karton musi posiadać certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Teczka musi być wiązana tasiemką o szerokości 10 mm, wykonaną w 100% z celulozy bawełnianej niebielonej chemicznie o neutralnym pH. Zamawiający dopuszcza użycie kleju do mocowania tasiemek. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie.

Wykonawca Kiel Tech zaofferował w tej pozycji teczki archiwalne typ P własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie teczki typu N o gramaturze 400 g/m², której karton posiada certyfikat ISO 16245 A oraz atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Ponownie przypomniał, że w świetle przywołanych wyżej wymagań OPZ, oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać ściśle określone parametry i wymagania jakościowe, a nadto posiadać wymagany certyfikat oraz atest PAT. Okoliczność, iż dokumenty te będą składane przez wykonawcę dopiero na etapie dostawy opakowań ochronnych, nie zmienia faktu,

iż oferowany produkt musiał być uprzednio certyfikowany na okoliczność spełniania żądanej normy ISO oraz przebadany pod kątem jakości archiwalnej materiału i jego wykorzystania

w obudowach fotograficznych (atest PAT wg normy ISO 18916:2007). Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby profesjonalny wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym nie miał wiedzy i pewności co do

tego, czy oferowany przez niego produkt spełnia wymagania jakościowe określone w OPZ. Brak posiadania przez wykonawcę

w momencie złożenia oferty przetargowej wymaganych badań (certyfikat ISO i atest PAT) czyniłby złożoną ofertę niewiarygodną, nierzetelną a przede wszystkim niezgodną

z warunkami zamówienia. Czym innym jest bowiem wymóg przedstawienia certyfikatu ISO

i atestu PAT na etapie dostawy, a czym innym wymóg posiadania certyfikatu ISO i atestu PAT przez zaoferowany produkt. Ten ostatni wymóg musi być spełniony już w momencie upływu terminu składania ofert.

4) POZYCJA 19 OPZ - KOPERTA typ A o wymiarach 120 mm na 90 mm

POZYCJA 25 OPZ - OBWOLUTA typ E o wymiarach 90 mm x 120 mm

POZYCJA 26 OPZ - OBWOLUTA typ F o wymiarach 100 mm x 150 mm

POZYCJA 27 OPZ - OBWOLUTA typ G o wymiarach 130 mm x 180 mm

POZYCJA 28 OPZ – OBWOLUTA typ H o wymiarach 180 mm x 240 mm

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował wspólne wymaganie dla wszystkich ww. produktów, tj.: ww. koperta typ A oraz obwoluty typ E, F, G, H muszą być wykonane z papieru ze 100% celulozy bawełnianej.

Wykonawca Kiel Tech zaoferował w ww. pozycjach kopertę typ A oraz obwoluty typ E, F, G, H własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy zaoferowane w tych pozycjach opakowania ochronne są wykonane z papieru z udziałem jedynie 50% celulozy bawełnianej, co nie spełnia wymagania jakościowego określonego w OPZ.

5) POZYCJA 20 OPZ - SEGREGATOR typ A o wymiarach 325 mm x 315 mm x 53 mm

POZYCJA 21 OPZ - OBWOLUTA typ A

POZYCJA 22 OPZ - OBWOLUTA typ B

POZYCJA 23 OPZ - OBWOLUTA typ C

POZYCJA 29 OPZ - OBWOLUTA typ I

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował szczegółowe wymagania dla ww. pięciu produktów.

Wykonawca Kiel Tech zaoferował w ww. pozycjach segregator typ A oraz obwoluty typ A, B, C, I własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie tego typu materiałów tj. produktów, które spełniałyby wymagania zamawiającego określone w OPZ.

6) POZYCJA 30 OPZ - OBWOLUTA HARMONIIJKOWA NA NEGATYWY O WYMIARACH 60 MM

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ sformułował następujące wymagania dla przedmiotowego produktu: Obwoluta wykonana bez użycia spoiw klejących. Miejsca zgięć obwoluty muszą być bigowane. Wykonana z papieru ze 100% celulozy bawełnianej,

o gramaturze 120 g/m², wartości pH 7,0, liczbie Kappa mniejszej od 5. Papier nie może zawierać rozjaśniaczy optycznych ani barwników. Papier musi posiadać atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Certyfikat producenta potwierdzający ww. parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie.

Wykonawca Kiel Tech zaoferował w tej pozycji obwoluty harmonijkowe własnej produkcji. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy obwoluty harmonijkowe na negatywy są produkowane przez Kiel Tech z papieru wykonanego jedynie w 50% z celulozy bawełnianej. Niezależnie od tego, firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie papieru bawełnianej, który miałby gramaturę 120 g/m². Zaoferowany produkt nie spełnia zatem wymagań jakościowych określonych w OPZ.

Odwołujący stwierdził zatem, że powyższe uchybienia powodują konieczność odrzucenia oferty Kiel Tech, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Kiel Tech wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Przypomniał treść przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zdanie pierwsze, który stanowi, że 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. Nie ulega wątpliwości, że z powołanego przepisu wynika norma uprawniająca zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodzić się należy jednak z tezą, że w pewnych okolicznościach skorzystanie z tego uprawnienia staje się obowiązkiem zamawiającego (tak np. w wyroku Izby z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2922/22).

Dalej zwrócił uwagę, że przywoływany wcześniej Załącznik nr 3 do SWZ - OPZ, zawierał bardzo szczegółowe wymagania, dotyczące kilkudziesięciu opakowań ochronnych na materiały archiwalne wieczystego przechowywania. Szereg postanowień SWZ wskazuje również na aspekt jakości opakowań ochronnych jako element istotny dla zamawiającego.

W opisie przedmiotu zamówienia dla wszystkich trzydziestu pozycji asortymentowych każdorazowo zamawiający zamieszczał postanowienie, w świetle którego certyfikat producenta, potwierdzający wszystkie wymagane w OPZ parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT, są wymagane przy dostawie. Odzwierciedleniem tego są postanowienia § 4 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 4 do SWZ), gdzie wskazano, że dostarczenie przedmiotu zamówienia do siedziby zamawiającego nie jest tożsame z dostawą w ujęciu niniejszej Umowy. Przez dostawę należy rozumieć pozytywne zakończenie przez zamawiającego procesu weryfikacji przedmiotu zamówienia obejmujące

w zakresie dostarczania certyfikatów producenta potwierdzających parametry fizykochemiczne materiału wymagane dla każdej pozycji oraz atestów PAT (Photographic Activity Test określonego normą ISO 18916:2007) wymaganych dla pozycji: 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, wskazanych w tabeli kosztorysowej będącej częścią załącznika nr 1 do umowy oraz weryfikację dostarczonego przedmiotu zamówienia z cechami fizycznymi wymaganymi przez zamawiającego w załączniku nr 3 do umowy.

Analogicznie, w § 4 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy, wskazano, że do dostarczonego przedmiotu zamówienia dołączone będą certyfikaty producenta potwierdzające wymagane parametry fizykochemiczne materiału dla każdej pozycji oraz atest PAT wymagany przy dostawie. Atesty PAT (Photographic Activity Test określonego normą ISO 18916:2007) wymagane są dla pozycji: 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, wskazanych w tabeli kosztorysowej będącej częścią załącznika nr 1 do umowy.

Zdaniem odwołującego wykonawca Kiel Tech nie posiada kompletu wymaganych certyfikatów producenta, potwierdzających wymagane parametry fizykochemiczne materiału dla każdej pozycji, jak też kompletu atestów PAT. Co więcej, w sytuacji gdy zamawiający wymaga realizacji zamówienia w terminie do dnia 15 grudnia 2023 r., w ocenie odwołującego wykonawca ten nie jest w stanie wywiązać się z obowiązku dostarczenia kompletu certyfikatów i atestów PAT nawet w tym terminie, co stawia pod dużym znakiem zapytania powodzenie niniejszego projektu i realizację zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Z tych względów, jak również mając na uwadze argumentację podniesioną w zarzucie pierwszym uzasadnienia niniejszego odwołania, zasadnym jest powtórzenie badania złożonych ofert, a w jego ramach zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy Kiel Tech procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i zażądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niniejsze wyjaśnienia powinny w szczególności dotyczyć trzech aspektów: zgodności oferowanych materiałów z parametrami fizykochemicznymi wymaganymi w OPZ, posiadania przez wykonawcę wymaganych certyfikatów i atestów PAT dla oferowanych materiałów oraz możliwości wywiązania się z obowiązku przedstawienia wraz z dostawą kompletu certyfikatów i atestów PAT.

W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3387/21, zgodnie z którym „W postępowaniu zamawiający weryfikował zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze swoimi wymaganiami zawartymi w SWZ na podstawie oświadczenia składanego przez wykonawcę. Wykonawca oprócz oświadczenia przedłożył również kartę katalogową - dodatkowo, która nie potwierdzała w swej treści wszystkich parametrów. Jak wskazała Izba: „Odnosząc się do kwestii oceny zgodności oferty przystępującego z swz, Izba przede wszystkim ustaliła, że poza złożeniem w ofercie ogólnych i standardowych oświadczeń o zapoznaniu się z treścią swz, związaniu jej postanowieniami

i oferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z swz, przystępujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową dla urządzenia (...), w której wskazany został jedynie parametr powtarzalności, natomiast nie wskazano danych dotyczących parametru dokładności i odtwarzalności. Nie jest to przy tym błąd po stronie przystępującego, gdyż zamawiający nie żądał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych, więc przystępujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą nawet ww. karty katalogowej. Należy się także zgodzić z zamawiającym, że treść kart katalogowych nie musi zawierać informacji ściśle odpowiadających wymogom swz, gdyż producenci nie sporządzają kart katalogowych pod kątem konkretnych wymagań konkretnych zamawiających.” Jednak w postępowaniu odwoławczym zgłaszane były wątpliwości przez odwołującego, co do tego, czy oferowane przez tego wykonawcę urządzenie spełnia wszystkie wymagania określone w SWZ. Odwołujący przedłożył dokumenty, które poddawały pod wątpliwość zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ. Izba wskazała w związku z powyższym, że: „na obecnym etapie postępowania zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ale nie ma też podstaw do przyjęcia, że oferta ta jest zgodna z SWZ. Dlatego też Izba uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu m.in. wezwanie przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia przez oferowane przez niego urządzenie parametrów dokładności i odtwarzalności. Po dokonaniu oceny treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego, zamawiający zobowiązany będzie powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

Jedynie na marginesie odwołujący stwierdził, że brak żądania przez zamawiającego składania przedmiotowych

środków dowodowych nie oznacza, że zamawiający może ignorować kierowane do niego sygnały i dowody świadczące o niezgodności danej oferty

z SWZ. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie czynności badania i oceny ofert m.in. pod kątem spełnienia wymagań SWZ, zachowanie zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp i udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Brak żądania przedmiotowych środków dowodowych może zatem utrudnić zamawiającemu dokonanie ww. czynności, natomiast nie zwalnia go z ich dokonania.

Odwolujący zwrócił uwagę, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście zgodności oferty z warunkami zamówienia ma zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie ustalić, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też, że jest zgodna z określonymi przez zamawiającego wymaganiami. Skierowanie wezwania do wyjaśnień jest więc narzędziem służącym rozwianiu wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający, będąc zobowiązany do prawidłowego i rzetelnego zbadania ofert, nie powinien pomijać tej procedury i podejmować decyzji o odrzuceniu lub nieodrzuconiu oferty, o ile ma jakiegokolwiek wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia. W kontekście okoliczności opisanych w niniejszym odwołaniu, zastosowanie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy i oferty Kiel Tech powinno być obowiązkiem zamawiającego.

Odnosząc się z kolei do zarzutów naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Kiel Tech, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez

co postępowanie straciło walor przejrzystości, odwołujący wskazał, co wywiódł z orzecznictwa KIO, iż przedmiotowy zarzut, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej, oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów, determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz, po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego ww. czynności, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę bezprawności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Kiel Tech lub/ i zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień treści złożonej oferty.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Kiel Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach**.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 28 listopada 2023 r. - odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący w piśmie z 29 listopada 2023 r. zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na brak naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odwolujący, na posiedzeniu w dniu 30 listopada 2023 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie, w jakim zarzucał naruszenie wymienionych w petitum odwołania przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zw.

z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, odnośnie kwestionowanych w odwołaniu pozycji o numerach: 14, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28 opisu przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze złożone przez odwołującego na posiedzeniu jednoznaczne oświadczenie o wycofaniu odwołania - Izba umorzyła postępowanie w tej części, o czym orzeczono w punkcie pierwszym sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania

przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej. W przypadku odrzucenia oferty przystępującego to oferta odwołującego została by wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego i zamawiającego na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w punkcie III SWZ jest zakup wraz z dostawą opakowań ochronnych na materiały archiwalne wieczystego przechowywania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 3 - Opis przedmiotu zamówienia, szczegółowe warunki realizacji zamówienia określa załącznik nr 4 - Projektowane postanowienia umowy.

W załączniku nr 3 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia zostały zawarte wymagania zamawiającego, odnoszące się do poszczególnych pozycji asortymentowych. W odniesieniu do spornych pozycji zamawiający postawił następujące wymagania: (1) dla pozycji 19

- KOPERTA typ A o wymiarach 120 mm na 90 mm. Koperty wykonane z jednego arkusza papieru. Wykonane z papieru ze 100% celulozy bawełnianej, o gramaturze 120 g/m², wartości pH 7,0, liczbie kappa mniejszej od 5. Papier nie zawiera rozjaśniaczy optycznych ani barwników. Papier musi posiadać atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Zamawiający dopuszcza użycie kleju o neutralnym pH do sklejenia kopert. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie. Ilość: 1000 szt. kopert. (2) dla pozycji 29 - OBWOLUTA typ I. Obwoluta w formacie 420 x 297 mm (zamawiający dopuszcza różnicę do 1 cm) wykonana

z dwóch rodzajów materiałów: po jednej stronie materiał transparentny (obojętna chemicznie folia poliestrowa), umożliwiająca pełen odczyt włożonego do obwoluty dokumentu; po drugiej stronie (tzw. pleców) papier wykonany ze 100 % celulozy, o gramaturze nie mniejszej niż 150 g/m², wartości PH większej od 7,0, rezerwie alkalicznej większej od 0,4 mol/kg, liczbie Kappa mniejszej od 5. Papier nie może zawierać rozjaśniaczy optycznych ani barwników. Folia poliestrowa oraz papier wykorzystane do wykonania obwoluty muszą posiadać atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Połączenie obwoluty wzdłuż dwóch boków (jednego dłuższego i jednego krótszego) musi być wykonane bez użycia klejów, taśm klejących, spoiw lub innych materiałów klejących. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie. Ilość: 150 szt. (3) dla pozycji 30 - OBWOLUTA HARMONJKOWA NA NEGATYWY O WYMIARACH 60 MM. Obwoluta wykonana bez użycia spoiw klejących. Miejsca zgięć obwoluty muszą być bigowane. Wykonana z papieru ze 100% celulozy bawełnianej, o gramaturze 120 g/m², wartości PH 7,0, liczbie Kappa mniejszej od 5. Papier nie może zawierać rozjaśniaczy optycznych ani barwników. Papier musi posiadać atest PAT (Photographic Activity Test) określony normą ISO 18916:2007. Certyfikat producenta potwierdzający w/w parametry fizykochemiczne materiału oraz atest PAT wymagany przy dostawie. Ilość: 20 szt.

Z kolei w załączniku nr 4 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, zamawiający opisał warunki realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym między innymi dotyczące terminu jego realizacji. Zgodnie z § 4 ust. 1 Realizacja wszystkich elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia nastąpi w terminie do 15 grudnia 2023 r. Strony dopuszczają możliwość realizacji przedmiotu umowy w częściach wyłącznie za zgodą zamawiającego, na pisemny wniosek wykonawcy. W ust. 2 przewidziano, że za dzień realizacji przedmiotu zamówienia uznany będzie dzień, w którym wykonawca zakończy realizację wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Ponadto w ust. 3 zastrzeżono, że dostarczenie przedmiotu zamówienia do siedziby zamawiającego nie jest tożsame z dostawą w ujęciu niniejszej Umowy. Przez dostawę należy rozumieć pozytywne zakończenie przez zamawiającego procesu weryfikacji przedmiotu zamówienia obejmujące w zakresie dostarczania certyfikatów producenta potwierdzających parametry fizykochemiczne materiału wymagane dla każdej pozycji oraz atestów PAT (Photographic Activity Test określonego normą ISO 18916:2007) wymaganych dla pozycji: 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 wskazanych w tabeli kosztorysowej będącej częścią załącznika nr 1 do niniejszej Umowy oraz weryfikację dostarczonego przedmiotu zamówienia z cechami fizycznymi wymaganymi przez zamawiającego w załączniku nr 3 do niniejszej umowy. Wymaganie w powyższym zakresie zostało powtórzone w § 6 ust. 2 Umowy, zgodnie z którym: Do dostarczonego przedmiotu zamówienia dołączone będą certyfikaty producenta potwierdzające wymagane parametry fizykochemiczne materiału dla każdej pozycji oraz atest PAT wymagany przy dostawie, Atesty PAT (Photographic Activity

Test określonego normą ISO 18916:2007) wymaganych dla pozycji: 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 wskazanych w tabeli kosztorysowej będącej częścią załącznika nr 1 do niniejszej Umowy.

Ponadto ustalono, że zgodnie z punktem V.5 SWZ zamawiający nie sformułował w dokumentacji postępowania wymogu w zakresie złożenia przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych. W punkcie IX.1 przewidział, że oferta winna zostać przygotowana i złożona na „Formularzu oferty”, stanowiącym załącznik do SWZ udostępnionym przez zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. Oferta wykonawcy, zawierająca m.in. tabelę kosztorysową oraz opis przedmiotu zamówienia stanowić miała także załącznik do Umowy.

Izba ustaliła ponadto, że swoje oferty w postępowaniu złożyli odwołujący, oferując za realizację zamówienia cenę brutto 255 823,89 zł. brutto oraz Kiel Tech za cenę brutto 243 939,76 zł. Ten ostatni, w Formularzu oferty, zadeklarował wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Wypełnił ponadto tabelę kosztorysową, podając w spornych pozycjach o numerach: 19, 29 i 30 jako producenta: Kiel Tech.

Ustalono także, że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Kiel Tech, o czym poinformował wykonawców pismem z 10 listopada 2023 r.

Z powyższą oceną nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 15 listopada 2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdują zastosowanie przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy.

W myśl art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kiel Tech, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w ocenie Izby zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w aktach niniejszej sprawy, ani też w przedłożonych przez wykonawcę dowodach. Odwołujący nie wykazał bowiem

z jakimi warunkami zamówienia treść oferty przystępującego jest niezgodna.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący w powyższym zakresie w treści złożonego odwołania nie przedstawił żadnej szczegółowej argumentacji, ograniczając się do stwierdzenia, że posiada informacje na temat produktów oferowanych przez Kiel Tech i fakt, że przystępujący nie posiada w swoim asortymencie takich, które odpowiadają specyficznym, opisanym w SWZ wymaganiom zamawiającego „wynika z jego najlepszej wiedzy”. Odwołujący nie sprecyzował jednak z jakich źródeł czerpie taką wiedzę, ani też nie załączył do odwołania żadnych dowodów, które to potwierdzałyby zasadność postawionych zarzutów. Treść odwołania w tej części oparta została wyłącznie na gołosłownych i ogólnikowych stwierdzeniach, które to nie miały oparcia w żadnych dokumentach.

Z kolei na posiedzeniu odwołujący ograniczył zakres zarzutów, po przedstawieniu przez zamawiającego otrzymanych od Kiel Tech certyfikatów, których brak zarzucał. Kwestionował jednak nadal brak spełniania wymagań OPZ w odniesieniu do trzech pozycji opisanych w Formularzu oferty tj. pozycji numer 19, 29 i 30. Odwołujący przedłożył także szereg dowodów, które w jego ocenie wskazywać miały, że jego twierdzenia zawarte w odwołaniu - są zasadne. Izba stwierdziła, że ani argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu, jak też prezentowana na rozprawie, ani też złożone dowody nie potwierdzają,

że oferowany przez przystępującego asortyment w spornych pozycjach jest niezgodny z wymaganiami, określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (tak między innymi w wyroku KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 777/23; wyroku KIO z dnia 23 marca 2023 r., sygn. akt KIO 673/23).

Z orzecznictwa Izby wynika więc, że niezgodność treści oferty z treścią warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji wymaganiom. Przy tym podkreślić należy, że zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Taka czynność uzasadniona będzie wyłącznie w przypadku, gdy z porównania treści złożonej oferty z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia wynika, że taka niezgodność ma miejsce.

Przypomnieć należy w tym miejscu, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów, kart katalogowych czy też innych dokumentów potwierdzających, że oferowany przez nich przedmiot spełnia opisane w SWZ wymagania. Jedynym zatem potwierdzeniem ich spełnienia, na podstawie czego dokonywana była w tym zakresie weryfikacja przez zamawiającego, było oświadczenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności oferowanego przez danego wykonawcę asortymentu z wymaganiami OPZ, składane w Formularzu oferty. Co należy podkreślić taki sam sposób weryfikacji w zakresie zgodności treści oferty z wymaganiami SWZ zamawiający zastosował w odniesieniu do wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie tj. zarówno w odniesieniu do Kiel Tech, jak i odwołującego.

Zauważyć należy także, że taki sposób weryfikacji w zakresie spełnienia wymagań zawartych w OPZ, na etapie postępowania nie był przez wykonawców (w tym odwołującego) kwestionowany, czy to poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, czy nawet poprzez procedurę wyjaśnień treści SWZ. Skoro, jak twierdzi odwołujący przedmiot zamówienia jest tak wysoce specjalistyczny i niezwykle trudne jest zweryfikowanie, na etapie realizacji zamówienia, czy przedmiot oferowany przez danego wykonawcę spełnia wszystkie parametry opisane przez zamawiającego, winien te okoliczności podnosić na etapie prowadzonego postępowania. Jeśli tego nie uczynił, treść SWZ stała się wiążąca dla wszystkich podmiotów ubiegających się o to zamówienie, również w zakresie w jakim zamawiający przewidział, że weryfikacja spełnienia wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia dokonywana będzie nie na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, ale na etapie realizacji dostawy.

Odwołujący, w ocenie Izby, oprócz gołosłownych twierdzeń, odnoszących się do tego, że asortyment Kiel Tech, oferowany w pozycjach 19, 29 i 30 nie spełnia wymogów tj., że:

(poz. 19) opakowania ochronne są wykonane z papieru z udziałem jedynie 50% celulozy bawełnianej, co nie spełnia wymagania jakościowego określonego w OPZ (a nie 100%, jak stanowił wymóg dla tej pozycji); (poz. 29) Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie tego typu materiałów tj. produktów, które spełniałyby wymagania zamawiającego określone w OPZ; (poz. 30) oferowane obwoluty, produkowane przez Kiel Tech, wykonane są z papieru wykonanego jedynie w 50% z celulozy bawełnianej; niezależnie od tego, firma Kiel Tech nie posiada w swoim asortymencie papieru bawełnianego, który miałby gramaturę 120 g/m², nie przedłożył żadnych dowodów, które w sposób jednoznaczny potwierdzałyby, że oferowany przez Kiel Tech w złożonej ofercie asortyment tych wymagań nie spełnia. Ponownie należy podkreślić, że zamawiający może zastosować normę art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jedynie w przypadku, gdy stwierdzi jednoznacznie i, w sposób niebudzący wątpliwości, że to co oferuje dany wykonawca nie odpowiada jego oczekiwaniom, wprost wyartykułowanym i opisanym

w SWZ. W niniejszej sprawie z takim przypadkiem nie mamy do czynienia. Jak już wcześniej zauważono Kiel Tech, w złożonych Formularzu oferty potwierdził, że zapoznał się

z wymaganiami zamawiającego, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i wymagania te spełnia.

Z kolei złożone przez odwołującego na posiedzeniu dowody w postaci ulotki Kiel Tech, przedstawianej przez niego na konferencji w Berlinie, która miała miejsce w okresie 16-20 października 2023 r. czy też wydruki ze strony internetowej przystępującego, na której prezentuje oferowane przez niego produkty, nawet jeśli nie ma tam asortymentu oczekiwanego przez zamawiającego nie przesądzą, że Kiel Tech, na zamówienie, nie jest

w stanie wykonać takich produktów i, że zamówienia dla zamawiającego nie zrealizuje, zgodnie z zawartym w OPZ opisem. Z kolei dowód w postaci wydruku ze strony internetowej firmy EMBA, która to firma, jak wynikać ma z wiedzy odwołującego jest dystrybutorem wyrobów firmy Kiel Tech, należy uznać za nieprzydatny dla oceny zgodności treści oferty Kiel Tech z SWZ z tego powodu, że jak deklarował ten wykonawca w Formularzu oferty, jej przedmiotem jest asortyment produkowany przez Kiel Tech, a nie produkowany przez EMBA. Odnosząc się natomiast do złożonych Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Kiel Tech w postępowaniu organizowanych przez Instytut Pamięci Narodowej,

w podobnym do zamawiającego zakresie należy zauważyć, że po pierwsze nie wiadomo jaki był szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym przetargu, a co za tym idzie wymagania zamawiającego w tym postępowaniu, a ponadto zamówienie to było prowadzone na przełomie roku 2020-2021, a co się z tym wiąże okoliczność, że w tamtym czasie Kiel Tech nie był

w stanie przedstawić certyfikatów i potwierdzić wszystkich wymagań zamawiającego, które ten w tym postępowaniu określił, nie dowodzi, że obecnie wykonawca nie ma takich zdolności.

Z kolei o tym, że takie jest w stanie przedstawić, potwierdzają przedłożone przez zamawiającego na posiedzeniu dowody w postaci certyfikatów, złożonych przez Kiel Tech

w tym postępowaniu, jeszcze przed zawarciem umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, należy uznać za niepotwierdzone.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Kiel Tech wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wskazać w tym miejscu należy, że cytowany przepis ustawy Pzp, który to jest podstawą żądania wyjaśnień treści oferty, odnosi się w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie.

Dla ustalenia rzeczywistego celu istnienia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp warto w tym miejscu przywołać wyrok TSUE C-599/10, który zapadał m.in. w odpowiedzi na pytanie sądu słoweńskiego, a dotyczył tego, czy instytucja zamawiająca ma obowiązek żądania „wyjaśnień, w przypadku gdy dyskusyjne lub niejasne zrozumienie oferty uczestnika przetargu może prowadzić do jego wykluczenia z tego przetargu”. TSUE uznał, iż gdy zostaną złożone oferty, „zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata”. Zasadę równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości są przeciwne bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. W drodze wyjątku oferty mogą zostać „skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, o ile wymagają zwykłego wyjaśnienia lub by usunąć oczywiste błędy”. Przy czym zamawiający ma obowiązek niedoprowadzenia do wrażenia faworyzowania lub defaworyzowania wyjaśniających wykonawców; żądanie powinno być skierowane w jednakowy sposób do wszystkich znajdujących się w takiej samej sytuacji; samo żądanie powinno się odnosić do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi. Zatem instytucja żądania dokumentów i wyjaśnień służy temu, by uniknąć sytuacji, w której na skutek uchybień wykonawcy oferta lub inne oświadczenia i dokumenty są lub wydają się wadliwe, co prowadzi do odrzucenia oferty. Wówczas to wyjątkowo, z zachowaniem celów i zasad określonych w orzecznictwie TSUE, można takich wyjaśnień zażądać.

W niniejszej sprawie nie sposób stwierdzić, że treść Formularza ofertowego przygotowanego przez Kiel Tech, czy też treść innych dokumentów składanych wraz z ofertą pozwalają na uznanie, iż do treści oferty zamawiający mógł mieć obiektywnie uzasadnione wątpliwości. Odnosząc to do przywołanego wyżej wyroku TSUE, stwierdzić należy, że niedopuszczalne jest zadawanie pytań dotyczących treści złożonej oferty w sytuacji, gdy nie tyle mają one na celu ratowanie oferty, ale miałyby doprowadzić do tego, że wbrew jednoznacznym oświadczeniom wykonawcy w treści oferty zawartym, w wyniku odpowiedzi na zadane pytania może dojść do sytuacji, w której zamawiający stwierdziłby niezgodność oferty z SWZ i ją odrzucił. Nie taki jest cel istnienia cytowanego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, gdyby uznać zasadność zarzutów odwołującego, należałoby zadać pytanie jakie to wątpliwości miałby wyjaśnić zamawiający w odniesieniu do treści oferty przystępującego, jakie pytania mu zadać, wobec jednoznacznego stwierdzenia w ofercie,

że deklaruje i potwierdza, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z OPZ i na warunkach opisanych w Umowie. Należy też w tym miejscu podkreślić, że zastosowanie takiej procedury, w odniesieniu tylko do jednego wykonawcy, naruszałoby zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy ani w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani też po zapoznaniu się

z argumentacją odwołującego i przedłożonymi przez niego dowodami, przeprowadzenie procedury wyjaśniającej jest zbędne.

Izba nie stwierdziła także, aby zamawiający dopuścił się w postępowaniu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta, oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji, wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. W działaniach zamawiającego nie sposób dopatrzeć się naruszenia powyższych zasad, jak też wskazywanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp, w konsekwencji wybór oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, był prawidłowy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....