Sygn. akt: KIO 2125/23

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Kot

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2023 r. przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach Dolnych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie,

przy udziale wykonawcy Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowiezgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach Dolnych i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od odwołującego Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach Dolnych na rzecz zamawiającego Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie kwotę 4 058,00 zł (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt osiem złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 458,00 zł (słownie: czterysta pięćdziesiąt osiem złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 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 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 2125/23

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający" oraz „Sąd Apelacyjny") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych" (Numer referencyjny: WZP-421-4/2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 068-203933.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

20 lipca 2023 r. wykonawca Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach Dolnych (dalej: „Odwołujący" oraz „Biuro Klub") wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie (dalej: „Lyreco");

2)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Lyreco, pomimo że jej treść pozostaje niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ";

3)z ostrożności procesowej – na wypadek wniesienia w stosunku do oferty Odwołującego odwołania przez

wykonawcę Lyreco bądź OSAA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „OSAA") (oferta zajmująca aktualnie pozycję nr 3 w rankingu ofert po Odwołującym) – zaniechaniu także odrzucenia oferty OSAA, pomimo że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ;

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lipca 2023 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lyreco, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lyreco, pomimo że pozostaje niezgodna z treścią SWZ (analogiczny zarzut w stosunku do oferty wykonawcy OSAA).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania;
2) odrzucenie oferty wykonawcy Lyreco w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia (ewentualnie także oferty OSAA);
3) dokonanie ponownej oceny i badanie ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu Postępowania, jego oferta została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej przy trzech złożonych. Wykonawca Biuro Klub zaznaczył, że uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lyreco oraz jej odrzucenie ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Ponadto – jak wskazał Odwołujący – w przypadku gdyby wykonawca Lyreco bądź OSAA wnosili własne odwołania do Izby wobec oferty Odwołującego (czego na aktualnym etapie wykluczyć nie można) w przypadku uzyskania orzeczenia nakazującego odrzucenie oferty Biuro Klub w interesie Odwołującego leży odrzucenie także oferty OSAA prowadzące, w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołującego i odrzucenia oferty Lyreco, do unieważnienia postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, co otwierałoby drogę do udziału w kolejnym postępowaniu na przedmiot zamówienia. Co więcej, tożsama podstawa odrzucenia związana z dziurkaczem z poz. 23 i materiałem z jakiego jest wykonane jego ramię dotyczy obydwu ofert – Lyreco i OSAA.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że wykonawca Lyreco w złożonej ofercie zaoferował dziurkacz importera/dystrybutora ARGO S.A. o nazwie handlowej dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2 o symbolu 602041. Identyfikacja zaoferowanego asortymentu została dokonana w oparciu o dane importera/dystrybutora – ARGO S.A., konkretyzację modelu dziurkacza – HP2 (nazwa handlowa) i konkretny model dziurkacza według nomenklatury importera/dystrybutora. Wykonawca Biuro Klub podkreślił, że zaoferowany przez Lyreco dziurkacz jest produktem dostępnym, seryjnym i będącym w obrocie od wielu lat. Produkt ten posiada jednolitą specyfikację techniczną dostępną na stronie internetowej importera/dystrybutora ARGO S.A. i nie posiada żadnych wersji ani wariantów. Opis produktu jak również jego karta katalogowa zawierająca szczegółową specyfikację techniczną wyrobu również jest dostępna na stronie internetowej importera/dystrybutora ARGO S.A. Odwołujący zaznaczył, że dane zawarte na stronie internetowej produktu nie zawierają informacji aby wyrób posiadał gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego, zgodnie z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ"). Wykonawca Biuro Klub podniósł, że produkt jest produktem dostępnym na rynku od wielu lat i o takiej samej i jednolitej specyfikacji technicznej i materiałach z jakich jest wykonany a dziurkacz jaki zaoferował w przetargu wykonawca Lyreco nie jest produktem specjalnym czy też „na zamówienie" (gdyby tak było obowiązkiem wykonawcy zgodnie z jednoznacznymi wymaganiem legendy do Załącznika nr 2 było posiadanie takiego właśnie oznaczenia produktu) co wyklucza aby produkt ten miał właściwości i materiały wykonania odmienne od produktu oznaczonego jako dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2 o symbolu 602041. Odwołujący podkreślił, że prowadził z ARGO S.A. w powyższym zakresie korespondencję, zgodnie z którą podmiot ten potwierdził jednoznacznie, że wskazany dziurkacz HP2 nie posiada ramienia z miękkiego tworzywa sztucznego i złożył na tą okoliczność dowód w postaci korespondencji z ARGO S.A. z dnia 17 lipca 2023 r. Ponadto wykonawca Biuro Klub potwierdził, że jest w posiadaniu kilku egzemplarzy dziurkacza zaoferowanego przez wykonawcę Lyreco i faktycznie oferowany produkt o wskazanym oznaczeniu modelu i symbolu nie posiada ramienia wykonanego z wymaganego w przetargu miękkiego tworzywa sztucznego. Ramię jest wykonane z twardego nieodkształcalnego tworzywa – co wyklucza aby można było uznać, że jest wykonane z wymaganego w SWZ tworzywa miękkiego. Nadto Odwołujący podniósł, że żądanie zawarte w SWZ identyfikacji przedmiotu oferty na poziomie producenta/importera/dystrybutora, modelu produktu oraz jego symbolu wyklucza w przypadku podania ich przez wykonawcę aby produkt ten mógł mieć inne właściwości niż wskazany wprost w treści

oferty. Produkt zaoferowany przez Lyreco został zidentyfikowany na poziomie szczegółowości jednoznacznie wskazującym zaoferowany produkt i w sposób pozwalający na jego identyfikację. Produkt ten posiada jednolite właściwości i budowę oraz materiały z jakich jest wykonany. Wykonawca Biuro Klub zaznaczył, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, że w przypadku konkretyzacji przedmiotu świadczenia w ofercie wykonawcy przedmiotem oferty jest ten konkretny wyspecyfikowany produkt a nie inny o odmiennych właściwościach – gdyby zaś tak miało być to z treści oferty musiałoby to jednoznacznie wynikać. Odwołujący podniósł, że jeśli Lyreco miał jakiekolwiek wątpliwości w zakresie wymagań postawionych przez Sad Apelacyjny, jego uprawnienie do kierowania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ przeradza się w jego obowiązek jako profesjonalisty. Wykonawca Biuro Klub podkreślił także, że na aktualnym etapie postępowania tj. po terminie złożenia ofert w Postępowaniu konieczna jest ścisła i literalna interpretacja wymagań. Obecnie weryfikacja dotyczy wyłącznie ustalonego brzmienia wymagania OPZ w relacji do treści oferty i zaoferowanego rozwiązania. Wykluczone jest przy tym stosowanie interpretacji rozszerzającej czy też intencjonalnej wymagań OPZ.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym Postępowaniu:

- wymaganie OPZ odnośnie materiału z jakiego miało być wykonane ramię dziurkacza z poz. 23 było jednoznaczne – miękkie tworzywo sztuczne;
- zaoferowany przez Lyreco dziurkacz oznaczony konkretnym istniejącym w obrocie i regularnej sprzedaży i ofercie modelem oraz symbolem producenta nie posiada ramienia z miękkiego tworzywa sztucznego – co potwierdza korespondencja z ARGO S.A. a także znajdujące się powszechnie w sprzedaży zaoferowane produkty o jednolitej specyfikacji technicznej;
- oferta Lyreco nie zawiera wymaganego dla produktu na zamówienie identyfikatora co potwierdza, że zaoferowano dziurkacz dostępny na rynku o jednolitym materiale z jakiego wykonane jest ramię – z twardego tworzywa sztucznego.

Nadto Odwołujący podniósł, że analogicznie jak w przypadku Lyreco także zaoferowany przez OSAA dziurkacz dla poz. 23 jest niegodny z SWZ. Zaoferowany przez OSAA dziurkacz Taurus Trade nie spełnia OPZ i nie posiada ramienia wykonanego z miękkiego tworzywa sztucznego, co potwierdza specyfikacja techniczna zamieszczona na stronie internetowej producenta oraz korespondencja Odwołującego z Taurus Trade z dnia 20 lipca 2023 r. W ocenie wykonawcy Biuro Klub powyższe potwierdza wystąpienie przesłanki odrzucenia oferty OSAA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

1 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący oświadczył, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy OSAA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp został wniesiony jako zarzut ewentualny, na wypadek wniesienia odwołania wobec oferty Odwołującego, jednak tak się nie stało. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nierozpoznawanie przez Izbę przedmiotowego zarzutu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem II ust. 2 pkt 2.1. SWZ przedmiotem zamówienia jest realizacja dostaw materiałów biurowych na rzecz jednostek sądownictwa znajdujących się w obszarze apelacji: białostockiej, gdańskiej, katowickiej, krakowskiej, lubelskiej, łódzkiej, poznańskiej, rzeszowskiej i wrocławskiej oraz Krajowej Szkoły Sądownictwa i

Prokuratury w Krakowie i Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawierający wielkość oraz zakres zamówienia stanowił Załącznik nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – Formularz cenowy (Rozdział II ust. 2 pkt 2.4. SWZ).

We wstępnej części Formularza cenowego Zamawiający zawarł instrukcję odnośnie sposobu jego wypełnienia i wskazał: „1. Wykonawca w kolumnach "dane oferowanego artykułu" wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. W przypadku, gdy oferowany produkt jest produkowany na zamówienie, proszę wpisać "na zamówienie".

W poz. 23 Formularza cenowego Zamawiający wymagał: „Dziurkacz dziurkujący jednocześnie do 300 kartek włącznie papieru o gramaturze 80g/m2, wskaźnik środka strony, ogranicznik formatu, rozstaw dziurek 80mm, metalowa konstrukcja, gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego, antypoślizgowa podstawa, z pojemnikiem na ścinki, możliwość regulacji odległości dziurek od krawędzi papieru“ w ilości sztuk 44.

W zakresie danych oferowanego artykułu wykonawcy mieli podać: nazwę handlową, symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora, producenta lub importera/dystrybutora.

W poz. 23 wykonawca Lyreco zaoferował: „dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2, 602041, ARGO S.A.”.

Ponadto w pkt 2 Formularza ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SWZ Odwołujący złożył następujące oświadczenie:

„(…);

2) Zapewniamy wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi warunkami określonym w dokumentach zamówienia.

(…)”.

Pismem z dnia 10 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (..)”.

Stosownie do brzmienia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy koniecznym jest podkreślenie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna.

W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający w poz. 23 Formularza cenowego wymagał dostarczenia dziurkacza wyposażonego w „gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego”. Sąd Apelacyjny nie żądał złożenia w odniesieniu do tego produktu ani kart katalogowych ani próbek, w konsekwencji czego – jak podkreślił podczas rozprawy – wystarczające było dla niego oświadczenie wykonawcy Lyreco zawarte w pkt 2 ppkt 2 Formularza ofertowego, którym Przystępujący zapewnił wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi warunkami określonym w dokumentach zamówienia.

W niniejszym postępowaniu istota sporu między stronami sprowadza się do oceny, czy zaoferowany przez Lyreco dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2posiada gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego.

Mając na uwadze powyższe należy zwrócić uwagę na następujące kwestie:

Po pierwsze, zauważenia wymaga, że Zamawiający po wniesieniu odwołania, celem rozwiania wszelkich wątpliwości co do spełnienia kwestionowanego parametru dziurkacza, zwrócił się w dniu 24 lipca 2023 r. do Lyreco o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. W odpowiedzi z dnia 27 lipca 2023 r. wykonawca Lyreco potwierdził, że produkt zaoferowany w poz. 23 tj. dziurkacz HP2 spełnia wszystkie wymagania podane przez Zamawiającego w OPZ, w tym ma gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego. Wykonawca Lyreco załączył kartę katalogową produktu oraz potwierdzenie od producenta ARGO S.A. spełniania przez dziurkacz HP2 o numerze katalogowym 602041 wszystkich wymagań podanych w OPZ. Z przedłożonej karty katalogowej wyraźnie wynika, że dziurkacz HP2 o kodzie produktu 602041 wyposażony jest w „antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego”. Z kolei w piśmie z dnia 27 lipca 2023 r. ARGO S.A. poinformował Lyreco, że „(…) dziurkacz HP2 na potrzeby powyższego postępowania jest

wyposażony w gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego i takie urządzenie zostało Państwu zaoferowane do przedmiotowego postępowania – zgodnie ze zdjęciem poniżej. Jednocześnie oświadczamy, że produkt spełniający wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ do wskazanego wyżej postępowania tj.: „Dziurkacz dziurkujący jednocześnie do 300 kartek włącznie papieru o gramaturze 80g/m2, wskaźnik środka strony, ogranicznik formatu, rozstaw dziurek 80mm, metalowa konstrukcja, gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego, antypoślizgowa podstawa, z pojemnikiem na ścinki, możliwość regulacji odległości dziurek od krawędzi papieru“ sprzedawany jest pod numerem katalogowym: 602041”. Dodatkowo, Sąd Apelacyjny w dniu 28 lipca 2023 r. zwrócił się do przedstawiciela producenta zaoferowanego dziurkacza ARGO S.A. z zapytaniem „czy znajdujący się w Państwa ofercie dziurkacz archiwizacyjny HP2 (nr: 602041), którego producentem jest Argo S.A., posiada gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego“. W odpowiedzi, przedstawiciel ARGO S.A. poinformował, że „(…) dziurkacz HP2 (nr: 602041) na potrzeby powyższego postępowania jest wyposażony w gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego i takie urządzenie zostało Państwu zaoferowane do przedmiotowego postępowania – zgodnie ze zdjęciem z załącznika“.

Po drugie, podczas rozprawy Odwołujący okazał Izbie oraz pozostałym uczestnikom sporu dwa dziurkacze, z których jeden miał gumową, miękką, antypoślizgową rączkę, a drugi – twardą rączkę. Co istotne – oba dziurkacze miały na spodzie naklejkę z napisem Model: HP-2.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zasadnym jest przyjęcie, że zaoferowany przez Przystępującego dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2 o kodzie produktu 602041 spełnia wymaganie Zamawiającego postawione w dokumentach zamówienia tj. posiada „gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego”. Świadczą o tym przede wszystkim oświadczenia wykonawcy Lyreco zawarte w Formularzu ofertowym jak i wyjaśnieniach treści oferty z dnia 27 lipca 2023 r., dowody stanowiące załączniki do przedmiotowych wyjaśnień, a także okazane przez Odwołującego dziurkacze. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że we wniesionym odwołaniu Biuro Klub na poparcie postawionego zarzutu względem oferty wykonawcy Lyreco powoływał się na opis produktu oraz jego kartę katalogową (informacje dostępne na stronie internetowej importera/dystrybutora ARGO S.A.) oraz korespondencję z ARGO S.A. Należy jednak zauważyć, że informacje publikowane na stronach internetowych mogą zawierać pewne nieścisłości techniczne bądź też mogą być na nich wprowadzane okresowo zmiany, a zatem może zdarzyć się tak, że dane zawarte na stronach nie będą aktualne. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie wprowadził do dokumentacji postępowania żadnych szczególnych wymogów co do potwierdzania zgodności zaoferowanego dziurkacza z OPZ. Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców dokumentów przedmiotowych odnośnie produktu z poz. 23 Formularza cenowego takich jak np. karty katalogowe czy próbki, które potwierdzałyby zgodność oferowanego produktu z wymaganiami Sądu Apelacyjnego wskazanymi w OPZ. Ponadto z żadnego punktu dokumentacji postępowania nie można wywieść także, że Zamawiający przyjął sposób weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z postawionymi wymaganiami w oparciu o strony internetowe producenta/importera/dystrybutora. Sąd Apelacyjny zgodnie z treścią Formularza ofertowego przyjął, że weryfikacja zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z opisanymi wymogami opierać się będzie wyłącznie na oświadczeniu wykonawców. Postanowienia SWZ były zatem jasne i klarowne. Niezależnie od powyższego Zamawiający po wniesieniu odwołania wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów dotyczących niezgodności z OPZ zaoferowanego w poz. 23 dziurkacza. Sąd Apelacyjny otrzymał potwierdzenie, że zaoferowany dziurkacz HP2 spełnia wszystkie wymagania podane przez Zamawiającego w OPZ i – co istotne – otrzymał kartę katalogową dziurkacza HP2 (kod produktu: 602041), z której wynika, że dziurkacz ten posiada antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego, a ponadto pismo od producenta ARGO S.A., w którym potwierdzono, iż dziurkacz HP2 na potrzeby przedmiotowego Postępowania wyposażony jest w gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego i sprzedawany jest pod numerem katalogowym: 602041. Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności rzeczonym dowodom. Inaczej jest jednak w przypadku dowodu złożonego przez Odwołującego wraz z odwołaniem tj. e-maila z dnia 17 lipca 2023 r., na podstawie którego Biuro Klub twierdzi, że zaoferowany przez Lyreco dziurkacz archiwizacyjny ARGO HP2 o symbolu 602041 nie posiada gumowego lub antypoślizgowego ramienia z miękkiego tworzywa sztucznego. Po pierwsze, wiadomość ta pochodzi od losowego pracownika, którego twierdzenia zostały następnie sprostowane przez pracownika ARGO S.A. O/Warszawa – opiekuna handlowego Przystępującego m.in. w piśmie z dnia 19 lipca 2023 r., w którym jednoznacznie wskazano, że dziurkacz HP2 na potrzeby przedmiotowego Postępowania to produkt wyposażony w gumowe lub antypoślizgowe ramię z miękkiego tworzywa sztucznego. Po drugie, w złożonej korespondencji mailowej brak jest treści zapytania, co również budzi wątpliwości w zakresie wiarygodności tego dowodu. Wobec dowodów złożonych przez Przystępującego i Zamawiającego potwierdzających, że Sąd Apelacyjny otrzyma produkt zgodny z postawionymi wymaganiami, Izba uznała dowody przedłożone przez Odwołującego częściowo za pozbawione wiarygodności (zgodnie z argumentacją wskazaną powyżej), a w pozostałej części za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. I tak np. z dowodu nr 12 – wbrew twierdzeniom Biuro Klub – nie wynika, że

zaoferowany przez Lyreco dziurkacz nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Przy opisie poz. 23 widnieje adnotacja „brak", jednak nie świadczy to automatycznie, iż producent nie oferuje takiego produktu. Słusznie zauważył Przystępujący podczas rozprawy, iż powodów braku wyceny tej pozycji mogło być wiele. Niezależnie od omawianego materiału dowodowego znamiennym jest, że podczas rozprawy Odwołujący okazał Izbie oraz pozostałym uczestnikom sporu dwa dziurkacze – z gumową, miękką, antypoślizgową rączką oraz z twardą rączką, które miały na spodzie naklejkę z napisem Model: HP-2. Trafnie zatem podniósł zarówno Zamawiający jak i Przystępujący, że na rynku powszechnie dostępny jest dziurkacz, który spełnia wymagania postawione przez Sąd Apelacyjny w dokumentach zamówienia i został on zaoferowany przez Lyreco. Jest to produkt seryjny, który każdy może kupić. Zamawiający słusznie również wskazał, że z przedłożonych przez niego dowodów, a także tych, które złożył Przystępujący wynika, że być może jest tak, że dziurkacz HP2 występuje w dwóch wersjach, pod tym samym symbolem – 602041. Podkreślenia jednak wymaga, że w kontekście rozpoznawanej sprawy to oznaczenie jest właśnie istotne dla Zamawiającego w celu zidentyfikowania produktu zaoferowanego przez Lyreco, a to wskazane przez Przystępującego w Formularzu cenowym potwierdza, że Sąd Apelacyjny otrzyma dziurkacze zgodne z wymaganiami postawionymi w OPZ.

Ponadto za bezzasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że zaoferowany przez Przystępującego dziurkacz pojawił się dopiero po terminie składania ofert. Po pierwsze, Izba wskazuje, że okazane podczas rozprawy produkty potwierdzają, że dziurkacze z gumową, miękką, antypoślizgową rączką są powszechnie dostępne na rynku. Po drugie, dziurkacze o takiej samej nazwie handlowej i symbolu dostarczane są do Sądu Apelacyjnego w okresie ostatnich trzech lat i to również przez Odwołującego. Należy zauważyć, że w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostaw materiałów biurowych (WZP-421-11/2019, WZP-421-39/2020 oraz WZP-421-35/2021), sam Odwołujący przy identycznych wymaganiach dotyczących przedmiotowego dziurkacza oraz tożsamej konstrukcji Opisu przedmiotu zamówienia – Formularza cenowego zaoferował dziurkacz „Agro HP2 (602041)", oświadczając wówczas, że zaoferowany produkt spełnia wszystkie wymagania, w tym również dotyczące gumowego lub antypoślizgowego ramienia z miękkiego tworzywa sztucznego. Wykonawca Konsorcjum Biuro Klub realizował zamówienie na rzecz Zamawiającego w ramach postępowań: WZP-421-11/2019 i WZP-421-39/2020, natomiast wykonawca Lyreco – w postępowaniu WZP-421-35/2021. Powyższe okoliczności są bezsporne pomiędzy stronami oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego i wynikają z dowodów złożonych zarówno przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołania jak i Przystępującego na rozprawie (Formularze cenowe złożone przez Odwołującego w poprzednich postępowaniach oraz zawiadomienia o wyniku postępowania wraz z Formularzami cenowymi zwycięskiego wykonawcy za rok 2019, 2020 i 2021). Wskazane okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że dziurkacz zaoferowany przez Przystępującego nie jest produktem, który pojawił się na potrzeby przedmiotowego Postępowania, ale sprzedawany jest od lat. Tymczasem Biuro Klub, do którego należała inicjatywa dowodowa w tym zakresie nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w przywołanym powyżej przepisie Odwołujący zobowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21).

Mając na uwadze przytoczone okoliczności Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie braku podania przez wykonawcę Lyreco w Formularzu cenowym identyfikatora wymaganego dla produktu na zamówienie. Niezależnie od powyższego, jedynie na marginesie należy podkreślić, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ze swej natury jest mocno sformalizowane to nie sposób przyjąć, że sam formalizm jest celem samym w sobie. Zamawiający zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp ma bowiem obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Jest to jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 923/22 „(…) Domaganie się przez Odwołującego odrzucenia oferty w pełni zgodnej z merytorycznymi warunkami zamówienia, z powodu niedochowania specyficznego wymogu formalnego, który został nadinterpretowany na potrzeby wniesienia odwołania, jest oczywiście nieproporcjonalne (…)". W tym kontekście zasadnym jest podkreślenie, że w niniejszym Postępowaniu

zostało wykazane przez Przystępującego, że dostarczy dziurkacz zgodny z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego, za pomocą którego możliwe będzie osiągnięcie zamierzonego celu, co nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego.

Reasumując, biorąc pod uwagę przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Lyreco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu ewentualnego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy OSSA Izba wskazuje, że – wobec braku wniesienia odwołania w stosunku do oferty Odwołującego (co było warunkiem wniesienia zarzutu wobec OSAA) – pozostawia ten zarzut bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....