

Sygn. akt: KIO 2581/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 października 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 października 2022 r.** przez wykonawcę: **A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy: **A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy** na rzecz **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** kwotę **3 675 zł 82 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemdziesiąt pięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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) 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa wyposażenia meblowego wraz z montażem oraz wykonanie niezbędnych projektów aranżacyjnych w ramach inwestycji projektu pn. „Budowa budynku naukowo dydaktycznego ul. Dobra 55 (filologie i lingwistyka); II etap”, objętej programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2027 (znak sprawy DZP-361/1/2022), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.03.2022 r. pod nr 2022/S 055-140980 przez Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00927 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p”.

W dniu 23.09.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24100 Puławy zwana dalej: „Starpol Meble A.K.” albo „Odwołującym”. Dodatkowo odrzucono ofertę Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa zwana dalej: „Tronus Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, jak i ofertę L. sp. z o.o., ul. Toruńska 39, 86-050 Solec Kujawski zwana dalej: „L. sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. W zakresie odrzucenia Odwołującego wskazano: „(...) Zamawiający w dokumentach zamówienia wymagał, aby dla kleju użytego do klejenia obrzeża Wykonawca złożył przedmiotowy środek dowodowy, tj. atest wydany przez PZH. Powyższy wymóg dotyczył następujących pozycji:

BP 12/14/16/18/20 (biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 01 + przelotka W AJ A 9, wym. 120x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 02 + przelotka VA/A 9, wym. 140x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 03 + przelotka VA/A 9, wym. 160x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 04 + przelotka VA/A 9, wym. 180x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 05 + przelotka VA/A 9, wym. 200x80x75),

LI (łada ze stanowiskiem biurowym MEBELUX, REA-3 MP 140 x2 + przelotki VA/A 9, wym. 280x80x75/114),

SW140 (stół wysoki MEBELUX, VA 301 NP + przelotka VA/A 9, wym. 140x80xh1 10),

SKAW (stolik kawowy MEBELUX, VA 88 inox, 080x75),

SS (stolik studencki MEBELUX, VA/N 06 NT (80x60x75) + przelotka VA/A 9),

SSK (stolik studencki komputerowy MEBELUX, VA/N 06 NT (80x60x75) + przelotka VA/A 9 + osłona VA 400 NT),

SKO 240/320/400/480 (stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 65 + mediaport x1, wym. 240x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 63+VA/N EXD1616 + mediaport x2, wym. 320x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 64+VA/N EXD2016 + mediaport x2, wym. 400x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 63+ 2x VA/N EXD1616 + mediaport x2, wym. 480x160x75), SKUCH (stół kuchenny MEBELUX, VA 84, wym. 80x80x75)

SKUCH (stół kuchenny MEBELUX, VA 84, wym. 80x80x75),

016 (osłona do biurka MEBELUX, VA 404, zaokrąglone krawędzie),

SN (szafka niska MEBELUX, S2/6, wym. 80x43x78,4),

RB (regał biurowy MEBELUX, S5/6, wym. 80x43x192,7).

Wykonawca nie złożył wymaganego atestu PZH. Wykonawca złożył jedynie Kartę charakterystyki dla produktu HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.11; HRANITHERM 600.18; HRANITHERM 600.19. Karty charakterystyki wyrobu nie można uznać za dokument równoważny z atestem PZH.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożenia karty charakterystyki zamiast atestu PZH Wykonawca oświadczył, że „Od 01.01.2016 roku regulamin atestacji produktów przez PZH został zmieniony przez co atest jest wymagany wyłącznie od grupy produktów, które mają kontakt z wodą zdatną do spożycia przez ludzi. W pozostałych przypadkach nie jest to dokument obowiązkowy. Z tego powodu wymaganie Zamawiającego jest niemożliwe do spełnienia”.

Z tym stwierdzeniem nie sposób się zgodzić. Zakład Bezpieczeństwa Zdrowotnego Środowiska NIZP PZH-PIB wydaje atesty higieniczne na wyroby budowlane oraz wyposażenia wnętrz, w tym chemię użytkową, w tym kleje do zastosowań meblarskich.

Skoro Zamawiający postawił w dokumentach zamówienia powyższy wymóg w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, na etapie badania i oceny oferty, nie może od niego odstąpić ani inaczej go interpretować.

Zamawiający w dokumentach zamówienia wymagał, aby gotowy produkt posiadał certyfikat FSC lub PEFC. Powyższy wymóg dotyczył następujących pozycji:

BP 12/14/16/18/20 (biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 01 + przelotka VA/A 9, wym. 120x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 02 + przelotka VA/A 9, wym. 140x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 03 + przelotka VA/A 9, wym. 160x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 04 + przelotka VA/A 9, wym. 180x80x75, biurko pracownicze MEBELUX, VA/V 05 + przelotka VA/A 9, wym. 200x80x75),

LI (lada ze stanowiskiem biurowym MEBELUX, REA-3 MP 140 x2 + przelotki VA/A 9, wym. 280x80x75/114),

SW140 (stół wysoki MEBELUX, VA 301 NP + przelotka VA/A 9, wym. 140x80xh1 10),

SKAW (stolik kawowy MEBELUX, VA 88 inox, 080x75),

SS (stolik studencki MEBELUX, VA/N 06 NT (80x60x75) + przelotka VA/A 9),

SSK (stolik studencki komputerowy MEBELUX, VA/N 06 NT (80x60x75) + przelotka VA/A 9 + osłona VA 400 NT),

SKO 240/320/400/480 (stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 65 + mediaport x1, wym. 240x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 63+VA/N EXD1616 + mediaport x2, wym. 320x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 64+VA/N EXD2016 + mediaport x2, wym. 400x160x75, stół konferencyjny MEBELUX, VA/N 63+ 2x VA/N EXD1616 + mediaport x2, wym. 480x160x75), SKUCH (stół kuchenny MEBELUX, VA 84, wym. 80x80x75)

SKUCH (stół kuchenny MEBELUX, VA 84, wym. 80x80x75),

016 (osłona do biurka MEBELUX, VA 404, zaokrąglone krawędzie),

SN (szafka niska MEBELUX, S2/6, wym. 80x43x78,4),

RB (regał biurowy MEBELUX, S5/6, wym. 80x43x192,7).

Wykonawca dla ww. pozycji nie złożył dokumentów potwierdzających, że ww. meble posiadają certyfikat FSC. Produkt może posiadać certyfikat FSC jedynie w przypadku, gdy każdy podmiot (producent, dystrybutor, sprzedawca) uczestniczący w łańcuchu dostaw posiada własny certyfikat nadany przez organizację FSC. Wykonawca Starpol Meble A.K. takiego certyfikatu nie posiada, w związku z tym meble kupowane od tego Wykonawcy nie mogą zostać uznane za certyfikowane FSC, gdyż certyfikacja łańcucha dostaw została przerwana (meble straciły certyfikację). Powyższe oznacza, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

Dnia 03.10.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 23.09.2022 r. złożył Starpol Meble A.K. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zarzuć naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej w swej treści z warunkami zamówienia, w okolicznościach, w których oferta jest zgodna z dokumentami zamówienia, a Odwołujący przedstawił wszystkie wymagane środki dowodowe;

2) art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania, w okolicznościach, w których oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu;

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Zamawiający - Uniwersytet Warszawski prowadzi postępowanie pn. Dostawa wyposażenia meblowego wraz z montażem oraz wykonanie niezbędnych projektów aranżacyjnych w ramach inwestycji projektu pn. „Budowa budynku naukowo dydaktycznego ul. Dobra 55 (filologie i lingwistyka); II etap”, objętej programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2027. W postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

Numer oferty	Wykonawca	Cena (brutto)	Okres gwarancji
1	2	3	4
1	Tronus Polska Sp. z o.o. ul. Ordona 2 a 01-237 Warszawa	6 348 349,80 zł	96 miesięcy
2	Starpol Meble A.K.	6 499 318,77 zł	84 miesiące

	ul. Skowieszyńska 24 24-100 Puławy		
3	L. sp. z o.o. ul. Toruńska 39 86-050 Solec Kujawski	5 845 513,50 zł	96 miesięcy

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania dnia 08.07.2022 r. za najkorzystniejszą została uznana oferta L. Sp. z o.o. Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostało wniesione odwołanie, w wyniku którego KIO wyrokiem z dnia 09.08.2022 r. (sygn. akt: KIO 1880/22) nakazała odrzucenie oferty złożonej przez L. sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Na takie rozstrzygnięcie KIO nie została wniesiona skarga. W wyniku powtórnego badania i oceny ofert, Zamawiający odrzucił wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego. Oferta L. Sp. z o.o. została odrzucona w wyniku wyroku KIO. Trzecia z ofert została odrzucona m.in. z uwagi na brak wniesienia wadium. W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego jako podstawę prawną podał art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a jako podstawy faktyczne: (i) brak złożenia wymaganego atestu PZH dla kleju użytego do klejenia obrzeża, oraz (ii) brak certyfikatu FSC dla Wykonawcy (co w ocenie Zamawiającego jest

różnoscące z jego brakiem możliwości uznania, że kupowane przez niego meble mogą być uznane za certyfikowane FSC). Z taką decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić w świetle poniższych okoliczności i dowodów.

I. W zakresie atestu PZH dla kleju użytego do klejenie obrzeża

1. Wymogi zawarte w SWZ:

Jak wynika z art. 5 § 2 ust. 1 pkt 3) SWZ: Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, tj.: (...)

3) dla wyposażenia meblowego oznaczonego symbolami: BP, O16, KP, SZ, SBCZ, SU, RB, SN, L1, SW140, SKAW, SS, SSK, SKO, SKUCH:

dla kleju użytego do klejenia obrzeża:

- atestu wydanego przez PZH,

2. Oferta Odwołującego

Wykonawca załączył do oferty:

- Certyfikat higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC wydany przez Instytut ITC dotyczący obrzeża ABS z fabrycznie naniesioną warstwą kleju.
- Kartę charakterystyki dla produktu HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.10;

3. Wezwanie do wyjaśnień i odpowiedź Odwołującego:

Dnia 06.09.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, „(...) *dlaczego Wykonawca złożył kartę charakterystyki zamiast atestu wydanego przez PZH?*” W wezwaniu nie odniósł się do Certyfikatu higienicznego o numerze 19 0322 T/ITC, dlatego same wyjaśnienia Odwołującego odnosiły się do karty charakterystyki. Podstawą prawną wezwania był art 107 ust. 4 ustawy PZP oraz stanowiący powtórzenie jego treści art. 5 § 2 ust. 6 SWZ, z których wynika, że: *„Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych”*. Jednak sama treść wezwania nie referowała do treści dokumentu, ale powodu jego złożenia. Tymczasem ocena samych dokumentów jest domeną Zamawiającego, a wyjaśnienia Wykonawcy, w tym zakresie nie mogą ich zastąpić.

Pismem z dnia 08.09.2022 r. Odwołujący wyjaśnił, że: „Z informacji, jakie uzyskaliśmy od producentów mebli wynika, że nie są stosowane w seryjnej produkcji mebli kleje, które posiadają atesty higieniczne, gdyż atestacja tych produktów nie jest obowiązkowa. Od 01.01.2016 roku regulamin atestacji produktów przez PZH został zmieniony przez co atest jest wymagany wyłącznie od grupy produktów, które mają kontakt z wodą zdatną do

spożycia przez ludzi. W pozostałych przypadkach nie jest to dokument obowiązkowy. Z tego powodu wymaganie Zamawiającego jest niemożliwe do spełnienia. Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 106 ust. 3 zamawiający jest zobowiązany do akceptowania przedmiotowych środków dowodowych równoważnych do wymaganych, o ile potwierdzają, że przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania. Karta charakterystyki jest dokumentem obowiązkowym w przypadku wprowadzania do obrotu substancji i mieszanin, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 (REACH). Zawiera on informacje o wszystkich aspektach produktu, które są przedmiotem atestów higienicznych, w szczególności dokładnie określone informacje o wpływie produktu na zdrowie ludzi i środowisko naturalne, a także wskazówki dotyczące bezpieczeństwa postępowania z tym produktem. Stosowne informacje są określane na podstawie odpowiednich badań i testów. W związku z powyższym złożone karty stanowią w tym przypadku równoważny przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 106 ust. 3 Pzp."

4. W zakresie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że Karty charakterystyki nie można uznać za dokument równoważny z atestem PZH. Uznał, że nie może zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie jest możliwe spełnienie wymogów Zamawiającego w zakresie przedstawienia atestu dla kleju użytego do klejenie obrzeży, gdyż Zakład Bezpieczeństwa Zdrowego Środowiska NIZB PZH-BIP wydaje atesty higieniczne na wyroby budowlane oraz wyposażenia wnętrz, w tym chemię użytkową, w tym kleje do zastosowań meblarskich. Wynika z niego, że Zamawiający nie wziął pod uwagę całokształtu treści oferty i załączonych przedmiotowych środków dowodowych, ale wyłącznie kartę charakterystyki i to wyłącznie w kontekście wyjaśnień Odwołującego.

Tymczasem jak wynika, z wyroku KIO z dnia 03.08.2021 r. (sygn. akt. KIO 1995/21): Jeśli zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych, to na nim spoczywa - zgodnie z podstawową zasadą wynikającą z art. 534 ust. 1 wskazanej ustawy - ciężar dowodu co do zaistnienia przesłanek przywołanego przepisu. To zamawiający bowiem ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych wymaga jednoznacznego stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Żeby zaś takie ustalenie było możliwe, treść SWZ w odpowiednim zakresie musi być jednoznaczna. Nie wolno dokonywać negatywnej weryfikacji oferty w zakresie nieostrych, niedookreślonych postanowień specyfikacji, brak jest bowiem wówczas wzorca dla przeprowadzenia oceny i jednoznacznego ustalenia braku zgodności oferty z SWZ.

5. W zakresie faktycznych i prawnych podstaw odrzucenia oferty

Jak wynika z Regulaminu ubiegania się o wydawanie Atestów Higienicznych i Świadectw Jakości Zdrowotnej Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH - Państwowego Instytutu Badawczego zwany dalej „Regulaminem”: *Atesty i Świadectwa wydawane są na ściśle zdefiniowany wyrób/produkt na wniosek jednego podmiotu gospodarczego zwanego dalej „Wnioskodawcą” (§ 1 ust. 5 Regulaminu)*. Odwołujący zaoferował w przedmiotowym postępowaniu meble Fabryki Mebli MEBELUX Sp. z o.o. z Ostródy, która do produkcji swoich mebli używa obrzeży ABS z naniesionym fabrycznie klejem produkowanych przez Czeskiego producenta firmę HRANIPEX. Obrzeża te stanowią gotowy produkt (przy klejeniu takiego obrzeża do płyty meblowej nie używa się już dodatkowego kleju) posiadający atesty higieniczności. Certyfikat higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC wydany przez Instytut ITC, na to właśnie obrzeże, potwierdza zatem higieniczność obrzeża wraz z klejem.

Sam klej, naniesiony na obrzeże i łącznie z nim dystrybuowany, to klej termoplastyczny na bazie kopolimeru EVA do klejenia obrzeży na automatycznych maszynach okleinujących. Nie jest to produkt, który można zastosować bez dostępu do specjalistycznych urządzeń. Przez to klejenie staje się elementem procesu technologicznego, który prowadzi do powstanie gotowych obrzeży (z klejem) na które wydany jest certyfikat higieniczny. W

związku z tym certyfikat obejmuj również zastosowany w procesie technologicznym klej.

- Dowód nr 1 - Pismo z Fabryki Mebli Mebelux
- Dowód nr 2 - Pismo od producenta obrzeży HRANIPEX
- Dowód nr 3 - Certyfikat higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC
- Dowód nr 4 - Odpowiedź producenta SCHLISNER na zapytanie o ATEST Higieniczny na klej

Tymczasem Zamawiający traktuje postanowienia SWZ w sposób formalny, oczekując dostarczenia atestu na klej, niezależnie od tego jaka technologia została zastosowana. Chcąc wyjść naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego zmierzającym do wyjaśnienia właściwości kleju (bezpieczeństwa i higieniczności) Wykonawca zdecydował się dodatkowo, na załączenie do oferty, oprócz certyfikatu higienicznego na obrzeże z naniesionym fabrycznie klejem, karty charakterystyki produktu. Zamawiający certyfikat higieniczności obrzeża zupełnie pominął. Oceniał jedynie kartę charakterystyki kleju uznając, że nie jest to dokument równoważny (nie podając w tym zakresie uzasadnienia). Jednak ocenie poddany być musi całość oferty Odwołującego. Celem wymogu jest uzyskanie dokumentu przedmiotowego potwierdzającego higieniczność spoiwa łączącego obrzeże z meblem. Cel ten można osiągnąć w dwojaki sposób: poprzez zastosowanie kleju, który posiada atest lub poprzez zastosowanie certyfikowanego, gotowego obrzeża z naniesionym już klejem. Wybór

ten nie należy jednak do Wykonawcy, gdyż jest on uzależniony od technologii zastosowanej przez producenta, na którą Wykonawca nie ma wpływu i której nie może zamienić, tylko z tego powodu, że z postanowień SWZ, wynika konieczność przedstawiania atestu na klej.

Dokumentem poświadczającym spełnienie tych wymagań dla kleju do klejenia obrzeży, jest certyfikat higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC wydany przez Instytut ITC, który poświadcza, że obrzeże i naniesiony nań klej są higieniczne. W tym miejscu podkreślił, że Zamawiający nie opisał w treści SWZ, żadnych wymogów co do równoważności dokumentów. Jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 26.07.2021 r. (sygn. akt. KIO 1952/21): *Ustawodawca wymusza na zamawiającym konieczność zdefiniowania równoważności certyfikatu, jeśli jest on wymagany. Zamawiający powinien zdefiniować dopuszczalną równoważność zaświadczeń. Dopuszczając dokument równoważny, powinien w taki sposób sprecyzować postawione certyfikatu równoważnemu wymogi, aby móc następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię jego równoważności. Niewątpliwym jest, że dla różnego rodzaju postępowań będą mogły być wymagane inne przedmiotowe środki dowodowe, jak również inne dokumenty mogące być uznane za dokumenty równoważne. Takie dokumenty są nierozłącznie związane z przedmiotem zamówienia. **W sytuacji braku ustalenia wykazu równoważnych przedmiotowych środków dowodowych adekwatnych do przedmiotu zamówienia nie byłoby zasadne odrzucenie oferty przystępującego, tylko z tego powodu, że w trakcie oceny zarzutów odwołania zamawiający uznał, iż brak jest równoważności pomiędzy wymaganym certyfikatem, a złożonymi innymi dokumentami, z których niewątpliwie wynikało spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.***

W braku określenia równoważności dla żądanych przedmiotowych środków dowodowych w samej SWZ, należy posłużyć się przepisami ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego, żądany atest PZH należy do grupy przedmiotowych środków dowodowych określonych w art. 105 ustawy PZP (certyfikatów). Zgodnie z art 105 ust. 1 ustawy PZP: W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

Jak wynika z art. 105 ust. 3 i 4 ustawy PZP: Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, **zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.** Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których

mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia. *Jak wynika ze stanowiska KIO wyrażonego w wyroku z 10.12.2019 r., KIO 2389/19: Brak w treści SIWZ odwołania do art. 30b ust. 4 PZP z 2004 r. [obecnie art. 105 ust. 4 PZP - przyp. Odwołującego] nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią. T o samo dotyczy art. 105 ust. 3 ustawy PZP.*

Zamawiający nie odniósł się, w żaden sposób do certyfikatu higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC wydanego przez Instytut ITC dotyczący obrzeża ABS z fabrycznie naniesioną warstwą kleju, opierając swoją decyzję jedynie na braku równoważności kart charakterystyki z atestem PZH. Odrzucenie oferty zostało jednak oparte o podstawę wyrażoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, wymaga zatem wykazania, że klej do klejenie obrzeży nie posiada właściwej atestacji, w rozumieniu art. 105 ustawy PZP (również w zakresie certyfikatów równoważnych oraz wykazania spełnienia cech określonych w OPZ - w tym wypadku higieniczności), czego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucania oferty nie uczynił. W związku z tym odrzucenie oferty, jak niezgodnej z warunkami zamówienia stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

II. W zakresie posiadania przez gotowy produkt certyfikatu FSC

1. Wymogi zawarte w SWZ:

Jak wynika z art. 5 § 2 ust. 1 pkt 3) SWZ: Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, tj.: (...)

3) dla wyposażenia meblowego oznaczonego symbolami: BP, O16, KP, SZ, SBCZ, SU, RB, SN, L1, SW140, SKAW, SS, SSK, SKO, SKUCH:

dla gotowego produktu:

- certyfikatu FSC,

2. Oferta Odwołującego

Odwołujący zaoferował dostawę mebli, których producentem jest firma Mebelux Sp. z o.o. i przedstawił certyfikat FSC wystawiony dla tego podmiotu. Mebelux Sp. z o.o. jest wytwórcą gotowego produktu co powoduje, że jego produkty posiadają certyfikat FSC i takie oświadczenie zamieszcza na dokumentach sprzedaży dla Starpol Meble.

3. Wezwanie do wyjaśnień i odpowiedź Odwołującego:

Pismem z dnia 19.09.2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, „Czy Wykonawca Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy posiada certyfikat FSC?”. Podstawą prawną wezwania był art. 107 ust. 4 ustawy PZP oraz stanowiący powtórzenie jego treści art. 5 § 2 ust. 6 SWZ, z których wynika, że: *„Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych”*. W związku z tym już sam zakres wezwania jest wadliwy, gdyż nie odnosi się, w żaden sposób do treści przedstawionego środka dowodowego, jakim jest certyfikat FSC dla mebli produkowanych przez Mebelux Sp. z o.o. (gotowego produktu), ale dotyczy właściwości wykonawcy, czyli posiadania certyfikatu FSC przez Odwołującego.

Zamawiający nie odniósł się do przedstawionego certyfikatu FSC dla mebli Mebelux Sp. z o.o., należy zatem uznać, że nie kwestionuje jego prawidłowości. Koncentruje się natomiast na niemającej znaczenia w kontekście spełniania wymogów SWZ, certyfikacji Odwołującego jako podmiotu. Odwołujący wskazał, że jako podmiot nie posiada certyfikatu FSC. Udzielił przy tym szerokich wyjaśnień, wraz z powołaniem się na dokumenty źródłowe dostępne na oficjalnych stronach internetowych <https://pl.fsc.org/pl-pl/> (dalej „**strony internetowe FSC**”). Dokumenty te są dostępne wszystkim stronom Postępowania i powinny być Zamawiającemu znane, skoro powołuje się właśnie na etykietę FSC. W tym miejscu Odwołujący odwołuje się do treści wyjaśnień z dnia 20.09.2022 r., które stanowi część dokumentacji Postępowania, bez powielania jego treści. Podkreślenia jednak wymaga, że Odwołujący, szczegółowo i poprzez odniesienie się do dokumentów źródłowych wyjaśnił, dlaczego pytanie o posiadanie przez niego certyfikaty FSC jest bez wpływu na ocenę spełniania wymogów w zakresie certyfikacji gotowego produktu.

4. W zakresie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego

Pomimo szerokich wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę, wskazując, że: „Wykonawca dla ww. pozycji nie złożył dokumentów potwierdzających, że ww. meble posiadają certyfikat FSC. Produkt może posiadać certyfikat FSC jedynie w przypadku, gdy każdy podmiot (producent, dystrybutor, sprzedawca) uczestniczący w łańcuchu dostaw posiada własny certyfikat nadany przez organizację FSC. Wykonawca Starpol Meble A.K. takiego certyfikatu nie posiada, w związku z tym meble kupowane od tego Wykonawcy nie mogą zostać uznane

za certyfikowane FSC, gdyż certyfikacja łańcucha dostaw została przerwana (meble straciły certyfikację)."

Z tych kilku zdań wynika, że doszło do zupełnego pomylenia pojęć takich jak „certyfikacja” i „łańcuch dostaw” oraz zasad certyfikacji w ramach systemu FSC.

Odwołujący podkreśla, że zasady certyfikacji w systemie FSC powinny być Zamawiającemu znane, w sytuacji, gdy decyduje się na odesłanie do określonych etykiet, z uwagi na treść art. 104 ustawy PZP i wymagania co do samej możliwości żądania etykiety w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia. Skoro jednak z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że tak nie jest, Odwołujący szeroko omówił ten system w dalszej części odwołania.

5. W zakresie faktycznych i prawnych podstaw odrzucenia oferty

Na wstępie podkreślenia wymaga, że w ocenie Odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty Starpol Meble A.K., Zamawiający oparł na piśmie z dnia 05.07.2022 r. skierowanym do Zamawiającego przez spółkę L. Sp. z o.o., w którym spółka ta poinformowała Zamawiającego o „konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Starpol A.K.". Spółka L. Sp. z o.o. wskazała w nim m.in., że: **„Produkt może posiadać certyfikat FSC jedynie w przypadku, gdy każde ogniwo łańcucha dostaw materiałów pochodzenia drzewnego, producent, firmy handlowe posiadają numer certyfikatu nadany przez jednostkę certyfikującą po pozytywnie przebyłym audycie (fakt posiadania numeru certyfikatu można zweryfikować na stronie internetowej: <http://info.fsc.org/certificate.php>).**”

Dalej oświadczył, że: „Jednocześnie ostatecznym potwierdzeniem posiadania przez produkt certyfikatu FSC jest zamieszczenie numeru certyfikatu na fakturze sprzedaży, przy czym wystawca faktury może posługiwać się jedynie własnym numerem certyfikatu. Powyższe potwierdza stanowisko organizacji FSC Poland w załączonym piśmie oraz strona internetowa FSC. Wykonawca Starpol nie widnieje w ww. bazie certyfikatów, co za tym idzie nie ma możliwości sprzedaży produktów z certyfikatem FSC.”

Do pisma spółki L. Sp. z o.o. załączono pismo z dnia 15.06.2022 r. sporządzonego przez Panią K.T. Krajowego Reprezentantka FSC International w Polsce. Wynika z niego, że: Warunkiem objęcia wyrobu certyfikacją FSC jest nieprzerwany łańcuch organizacji certyfikowanych przez niezależne, akredytowane jednostki certyfikujące, obejmujący każdą prawną zmianę własności wyrobu, począwszy **od momentu pozyskania surowca z certyfikowanego lasu lub z miejsca odzysku, aż po** jego sprzedaż z oświadczeniem FSC umieszczonym na dokumentach sprzedaży **i/lub w momencie, w którym wyrób końcowy jest oznakowany jako posiadający certyfikat FSC.**

Produkt oferowany przez Odwołującego jest certyfikowany od momentu pozyskania surowca do momentu, w którym wyrób końcowy jest oznakowany jako posiadający certyfikat FSC.

Zamawiający wymagał oznakowania gotowego produktu, zatem wymóg pełnej certyfikacji został spełniony. Odwołujący podkreślił, że spółka L. Sp. z.o.o. nie dołączyła pisma z dnia 09.06.2022 r., które skierowała do przedstawicieli FSC, z związku z tym nie sposób ustalić, jakie pytanie zostało w nim zadane.

*Z treści odpowiedzi przedstawiali FSC można jednak wnioskować, że dotyczyło ono możliwości posługiwania się certyfikatem FSC CoC. Wynika to, z treści odpowiedzi: W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 9 czerwca 2022 r. niniejszym informuję, że **podstawowym warunkiem posługiwania się certyfikatem FSC CoC jest** zaopatrywanie się w certyfikowany surowiec na potrzeby swojej produkcji/handlu oraz posiadanie numeru certyfikatu nadanego przez jednostkę certyfikującą po pozytywnie przebytym audycie. Indywidualny kod certyfikatu umożliwia zidentyfikowanie posiadacza certyfikatu w międzynarodowej bazie certyfikowanych podmiotów: <http://info.fsc.org/certificate.php>.*

W związku z tym pytanie dotyczyło sfery podmiotowej, czyli podmiotów, które mogą posługiwać się certyfikatem FSC CoC. Przekładając to na język ustawy PZP, pytanie dotyczyło podmiotowych właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wymaga zatem różnica pomiędzy pojęciem certyfikowanego produktu i podmiotu posługującego się certyfikatem.

Jednocześnie z pisma FSC wprost wynika, że: Certyfikat FSC CoC muszą posiadać wszystkie organizacje biorące udział w łańcuchu dostaw, przejmujące prawa własności w kontekście wyrobów certyfikowanych i wykonujące przynajmniej jedno z poniższych działań:

- 1. sprzedaż wyrobów z certyfikatem FSC i oświadczeniami FSC na dokumentach sprzedaży;*
- 2. etykietowanie wyrobów jako posiadających certyfikat FSC;*
- 3. produkcja lub zmiana składu (np. w mieszanie lub dodanie do wyrobu materiałów pochodzenia leśnego) lub zmiana integralności fizycznej (np. przepakowanie, zmiana oznakowania) wyrobów sprzedawanych z oświadczeniami FSC;*
- 4. promocja wyrobów z certyfikatem FSC, z wyjątkiem wyrobów gotowych i oznaczonych etykieta FSC, które mogą być promowane przez podmioty nieposiadające certyfikatu FSC (np. sprzedawców detalicznych) zgodnie z Przewodnikiem po znakach towarowych FSC dla posiadaczy licencji promocyjnej.***

Powyższy fragment pochodzi z dokumentu: Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu FSC-STD-40-004 V3-0, zamieszczonego na stronach internetowych FSC, stanowiącym załącznik, do niniejszego odwołania. Dokument ten na stronie 5 zawiera bardziej szczegółowe informacje odnośnie podmiotów, które muszą mieć certyfikat w ramach łańcucha dostaw FSC. Dodatkowo zawarto w nim istotne definicje, których znajomość

pozwala właściwie na zrozumienie użytych pojęć. Nie znaczenie potoczne, ale normatywne, ma wpływ na interpretację jaką powinien zastosować Zamawiający.

Zgodnie z definicją stosowaną w ramach systemu certyfikacji FSC:

Wyrób końcowy: Wyrób, który nie zostanie poddany dalszemu przekształcaniu pod względem przetwarzania, etykietowania lub pakowania przed jego zamierzonym, końcowym użyciem lub sprzedażą użytkownikowi końcowemu. Montaż wyrobów końcowych, wypełnianie opakowań i cięcie na wymiar nie są traktowane jako przekształcanie wyrobu, chyba że czynności te wiążą się z przepakowaniem, zmianą składu wyrobu FSC lub zmianą etykiet. (W dokumencie pn. „Przewodnik po znakach towarowych FSC ® dla posiadaczy licencji promocyjnej” posłużono się pojęciem „produktu gotowego (ukończonego) a definicja brzmi: Produkt gotowy (ukończony): Produkt, który nie zostanie poddany dalszym przemianom w zakresie przetwarzania, etykietowania lub pakowania przed jego przewidzianym wykorzystaniem końcowym lub sprzedażą użytkownikowi końcowemu lub konsumentowi końcowemu. Instalowanie produktów gotowych, napełnianie opakowań i przycinanie do rozmiaru nie są uważane za czynności związane z przetwarzaniem produktu, chyba że czynności te obejmują przepakowywanie, zmianę składu certyfikowanego produktu lub ponowne etykietowanie. Wynika to z rozbieżności tłumaczenia tych dokumentów.).

UWAGA: Niektóre wyroby mogą być sklasyfikowane lub nie, jako wyrób końcowy zależnie od użytku do jakiego przeznaczają go klienci. Na przykład tarcica lub papier nie klasyfikują się jako wyroby końcowe w przypadku ich sprzedaży producentowi, który będzie je dalej przetwarzać.

Łańcuch dostaw: Sieć firm produkujących, obsługujących i/lub dystrybuujących konkretny wyrób, obejmująca wszystkie etapy przetwarzania wyrobu od surowca aż do wyrobu końcowego oraz jego dystrybucję do klienta końcowego.

Detalista: Organizacja, która sprzedaje wyroby końcowe konsumentom na cele użytkowe lub do konsumpcji, a nie do ponownej sprzedaży.

Podmiot handlowy: Osoba lub jednostka prawna, która kupuje i sprzedaje drewno i/lub niedrzewne produkty leśne, i która przejmuje własność prawną towarów. Podmioty handlowe nie przekształcają w żaden sposób wyrobów, zarówno bezpośrednio jak i za pośrednictwem podwykonawców. **UWAGA:** Montaż wyrobów końcowych, **suszenie drewna, wypełnianie opakowań i cięcie na wymiar** nie są traktowane jako przekształcanie wyrobu.

Nie jest zatem prawdą stwierdzenie zawarte w piśmie spółki L. Sp. z o.o. (a które nie wynika z pisma FSC), że „ostatecznym potwierdzeniem posiadania przez produkt certyfikatu FSC jest zamieszczenie numeru certyfikatu na fakturze sprzedaży, przy czym wystawca faktury

może posługiwać się jedynie własnym numerem certyfikatu". Co więcej spółka L. Sp. z o.o. powołuje się jakoby stanowisko to wynikało z pisma FSC, którego treść wprost temu przeczy. Stwierdzono, w nim bowiem jednoznacznie, że certyfikatu nie muszą posiadać sprzedawcy detaliczni. Dalej wskazano, że mogą oni bez posiadania certyfikatu FSC promować certyfikowane gotowe produkty na podstawie licencji. Licencja taka wymagana jest ze względu na konieczność ustrukturyzowania zasad posługiwania się samym znakiem FSC jako znakiem towarowym. Zasady te dotyczą sposobu oznaczania materiałów promocyjnych, formy i kształtu samego oznaczenia itd. Jednak Odwołujący nie promuje w żaden sposób produktów FSC, a Zamawiający nie stawia takich wymagań. Działanie Odwołującego sprowadza się do zaoferowania produktów i poinformowania, że mają one określone certyfikaty. Kwestia oznaczeń faktur jest zupełnie wtórna. Dość wskazać, że oznaczenie faktury, nie wpływa na certyfikację. Twierdzenie, że brak oznaczenia faktury własnym numerem certyfikacji powoduje utratę certyfikatu jest nieprawdziwe. Może ono wynikać z niezrozumienia systemu certyfikacji przez spółkę L. Sp. z o.o. lub próby wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Na stronach internetowych <https://pl.fsc.org/pl-pl/kto-moze-stosowac-nasze-znaki/etykiety-produktowe> wskazano, że: **Sprzedawcy detaliczni, którzy nie posiadają certyfikatu w systemie FSC CoC, a sprzedają certyfikowane produkty mogą wnioskować** o prawo do wykorzystania logotypu FSC. Mogą oni wykorzystywać te logotypy wyłącznie do promocji sprzedawanych ukończonych produktów z certyfikatem FSC, na podstawie uzyskanej licencji. Oznacza to, że wnioski jakie wysnuł Zamawiający z przekazanych mu pism są błędne. Po pierwsze w systemie certyfikacji dopuszcza się sprzedaż detaliczną produktów certyfikowanych FSC, bez konieczności posiadania przez sprzedawcę certyfikatu w systemie FSC CoC. Po wtóre w systemie certyfikacji wyraźnie rozróżnia się certyfikację produktu („nie posiadają certyfikatu w systemie FSC CoC, a sprzedają certyfikowane produkty”), od licencji na posługiwanie się w obrocie znakiem FSC („wykorzystywać te logotypy wyłącznie do promocji sprzedawanych ukończonych produktów z certyfikatem FSC, na podstawie uzyskanej licencji”). Co więcej posługiwanie się w obrocie znakiem towarowym FSC nie jest obowiązkowe („mogą wnioskować”) i nie jest powiązane z samym certyfikatem przedmiotu sprzedaży. *Jak wskazano w „Przewodniku po znakach towarowych FSC® dla posiadaczy licencji promocyjnej”, zamieszczonym na stronach FSC: Przed jakimkolwiek wykorzystaniem znaków towarowych FSC, każda organizacja zobowiązana jest zawrzeć umowę promocyjną na korzystanie z tych znaków z właściwym dostawcą usług w zakresie znaków towarowych FSC. Powyższe dotyczy m.in. organizacji zajmujących się sprzedażą gotowych produktów posiadających etykietę produktową FSC, takich jak: Sklepy, punkty sprzedaży, marki,*

wydawcy i agenci, którzy prowadzą działalność w zakresie sprzedaży gotowych, opatrzonych etykietą produktów certyfikowanych w systemie FSC konsumentom końcowym, i które nie chcą zamieszczać oświadczeń FSC w swoich dokumentach sprzedaży. Oznacza to, że system FCS wyraźnie rozróżnia certyfikację, obejmującą produkty i podmioty uczestniczące w łańcuchu dostaw związanym z procesem powstawania gotowego produktu od licencji na korzystanie ze znaku towarowego FSC. Licencja taka nie jest obowiązkowa i nie ma przełożenia na samą certyfikację produktu. Jej celem jest ochrona samego znaku towarowego, poprzez określenie ram i sposobu jego wykorzystania.

Zgodnie z art 7 pkt 20) ustawy PZP: Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: przedmiotowych środkach dowodowych - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności **oferowanych dostaw**, usług lub robót budowlanych z **wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia** lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt ustawy PZP, należy podkreślić, że wymogi określone w art 5 § 2 ust. 1 pkt 3) SWZ nic innego, jak żądanie od wykonawcy określonej etykiety, o której mowa w art. 104 ustawy PZP. Zgodnie z art. 104 ust. 2. Przez etykietę, należy rozumieć każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety.

Jak wynika z art. 104 ust. 4-6 ustawy PZP:

4. Jeżeli wymagana jest określona etykieta, zamawiający akceptuje wszystkie etykiety potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania określonej przez zamawiającego etykiety.

5. W przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie, przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.

6. Jeżeli dana etykieta, która spełnia warunki określone w ust. 1 pkt 2-5, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może żądać tej etykiety. **W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub, w razie potrzeby, do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.**

Jak wyjaśnia H. Nowak i M. Winiarz w Prawo zamówień publicznych Komentarz, zamieszczony na stronach internetowych UZP: Jeżeli etykieta określa większą liczbę cech niż są one wymagane przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający może zażądać takiej etykiety, ale musi także wskazać poszczególne wymagania tej etykiety, które są dla niego istotne. W motywie 75 preambuły dyrektywy klasycznej podkreślono, że wymogi dotyczące danej etykiety winny być związane z przedmiotem zamówienia, na przykład z opisem produktu i jego prezentacją, w tym z wymogami dotyczącymi opakowań. W związku z tym wymóg Zamawiającego odczytywany w kontekście ww. przepisu wskazuje, że odnosi się on właśnie do przedmiotowego zakresu certyfikacji FSC. Wskazuje na to sama treść SWZ, gdzie doprecyzowano, że wymóg dotyczy certyfikatu FSC **na gotowy produkt**. Jednoznacznie wskazano, że nie chodzi o możliwość promowania produktu przez określony podmiot, posługiwania się przez Wykonawcę znakiem FSC na mocy licencji itp., ale oceny produktu. W związku z tym wymóg obejmował przedstawienie certyfikatu FSC dla gotowego produktu, który potwierdza jego cechy.

Jak wskazano na stronach internetowych FSC: Kiedy drewno opuszcza las z certyfikatem FSC, zapewniamy, że certyfikowane firmy w całym łańcuchu dostaw spełniają nasze standardy, tak aby w przypadku **produktów zawierających logo FSC** mieć pewność, że **zostały wykonane z surowców pochodzących z odpowiedzialnych źródeł**. W ten sposób certyfikacja FSC pomaga podejmować etyczne i odpowiedzialne decyzje w lokalnym supermarkecie, w księgarni, w sklepie z meblami i w wielu innych miejscach. Wykonawca nie zmienia właściwości mebli, nie ingeruje w łańcuch dostaw, jest jedynie swego rodzaju pośrednikiem w dystrybucji produktu, w związku z tym stwierdzenie, że przez sam fakt, zakupu gotowego produktu przez Wykonawcę od producenta i jego odsprzedaż w identycznym stanie Zamawiającemu, „meble straciły certyfikację”, jest niezgodny z samymi postanowieniami SWZ. Przyjęcie takiej tezy oznacza bowiem, że etykieta FSC nie jest de facto przedmiotowym środkiem dowodowym odnoszącym się do cech produktu (które pozostały identyczne), ale do właściwości wykonawcy. Wymaganie uzyskania certyfikacji (również podmiotowej) w łańcuchu dostaw, jest bowiem czym innym niż certyfikacja detalicznego sprzedawcy. Każdy element w łańcuchu dostaw wpływa na to, czy produkt końcowy można uznać za posiadający cechy pozwalające na certyfikację. Inaczej jest jednak z podmiotem, który zbywa gotowy certyfikowany produkt, nie ingerując w jego właściwości. Certyfikat FSC nie jest bowiem elementem marketingowym, lecz potwierdzeniem określonych cech produktu (nie wykonawcy). Inna interpretacja, poza tym, że pozostaje w sprzeczności z samym systemem certyfikacji FSC, pozostaje również w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez rozszerzenie

interpretacji wymogu przedmiotowego. Wykonawca nadaje mu charakter podmiotowy, żądając certyfikatu od Wykonawcy, który nie ma żadnego znaczenia, ani wpływu na właściwości przedmiotu zamówienia.

6. Podsumowanie

W ramach podsumowania powołać się należy na utrwaloną linię orzeczniczą KIO, z której wynika, że odrzucenie oferty nie może odbywać się w oparciu na rozszerzającą interpretację SWZ, z której wynikają wymogi nie zawarte w SWZ. Jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 29.11.2021 r. (sygn. akt. KIO 3274/21): Punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Zamawiający wymagał certyfikatu FSC dla gotowego produktu, który otrzymał. Definicja gotowego produktu została zawarta w systemie FSC. Odnosi się do produktów, które nie zostaną poddane dalszemu przetworzeniu. W wyjaśnieniach z dnia 20.09.2022 r. Odwołujący wyjaśnił, że: „w żaden sposób nie przetwarza mebli, których dotyczy ten wymóg, nie wprowadza do nich żadnych zmian, nie etykietuje, ani nie pakuje, a jego udział sprowadza się do odsprzedaży gotowych produktów oraz ewentualny ich montaż, który nie jest przekształcaniem wyrobu”. W związku z tym odrzucenie oferty, jak niezgodnej z warunkami zamówienia stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zamawiający w dniu 04.10.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.10.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem elektronicznym) Tronus Polska Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego. Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego: Tronus Polska Sp. z o.o.

W dniu 06.10.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) L. sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: L. sp. z o.o.

W dniu 10.10.2022 r. (wpływ bezpośredni) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Dodatkowo wniósł o:

- oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia zgodnie z poniższym uzasadnieniem 25.07.2022 r. w przedmiotowym postępowaniu upłynął termin związania ofertą, w związku z tym złożona oferta nie wiąże Odwołującego. W tej sytuacji uznać należy, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Zamawiający nie zwracał się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na podstawie art. 220 ust. 3 NPzp, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu nastąpił 08.07.2022 r., a więc w terminie związania ofertą. Odwołujący, mając świadomość upływu terminu związania ofertą, powinien przedłużyć go z własnej inicjatywy. Dodatkowo podkreślił, że oferta Odwołującego nie jest zabezpieczona wadium. Odwołujący nie utrzymał wadium do terminu wniesienia odwołania. Okres ważności wadium Odwołującego upłynął w dniu 25.07.2022 r. Odwołujący nie przedłużył tego okresu ani nie wniósł nowego wadium.

- alternatywnie, w przypadku uznania, że odwołanie nie podlega oddaleniu z uwagi na brak interesu Odwołującego, wnoszę o oddalenie odwołania w całości zgodnie z poniższym uzasadnieniem Zarzuty podniesione w odwołaniu są w całości niezasadne. Zdaniem Zamawiającego wszelkie podniesione w sprawie zarzuty odwołania są chybione, a Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych nieprawidłowości i zaniechali. Dowody istotne dla rozstrzygnięcia odwołania znajdują się w dokumentacji postępowania zapisanej na płycie DVD dołączonej do pisma skierowanego do Krajowej Izby Odwoławczej nr DZP-361/1/2022/IG/1138 z dnia 10.10.2022 r. Zamawiający zwraca szczególną uwagę na znajdujące się w dokumentacji postępowania pisma skierowane do Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH- Państwowego Instytutu Badawczego oraz FSC® International wraz z odpowiedziami tych podmiotów, które potwierdzają i uzasadniają stanowisko Zamawiającego i jednocześnie wskazują na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Kopie powyższych pism i odpowiedzi Zamawiający przekazał w załączeniu do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 12.10.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący wniósł pismo procesowe. W jego ramach odniósł się do odpowiedzi na odwołanie i zgłoszonych przystąpień. W zakresie argumentacji o braku interesu Odwołującego:

Stwierdził, że zaskakująca dla Odwołującego jest argumentacja o braku interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na upływ ważności wadium i upływ terminu związania ofertą. Została ona sformułowana z pominięciem art 252 ust. 2 ustawy PZP.

Termin wiązania ofertą Odwołującego upłynął dnia 25.07.2022 r. Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP: Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą, co też

Zamawiający uczynił. Zamawiający nie wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą, gdyż pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Czynność ta została unieważniona w wyniku wyroku KIO z 09.08.2022 r. (KIO 1880/22) Następnie Zamawiający dokonywał kolejnych czynności w postępowaniu m.in. wzywał Odwołującego do kolejnych wyjaśnień, co wskazuje na to, że argumentacja o braku możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego została przygotowana na potrzeby postępowania odwoławczego, gdyż sam Zamawiający dokonując kolejnych czynności z udziałem Odwołującego nie twierdził, że nie może wybrać jego oferty. Obecnie oferta Wykonawcy nadal może zostać uznana za najkorzystniejszą pod warunkiem, że Wykonawca wyrazi na to zgodę. Obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji jest zwrócenie się do Wykonawcy o wyrażenie takiej zgody (art. 252 ust. 5 ustawy PZP) i dopiero brak zgody wykonawcy powoduje odrzucenie jego ofert, kończąc całą procedurę (art. 226 ust. 1 pkt 13) ustawy PZP). Gdyby przyjąć za zasadną argumentację Zamawiającego przepis art. 252 ust. 2 i 3 ustawy PZP nie mógłby nigdy zostać zastosowany. Dodać warto, że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu braku zabezpieczenia jej wadium, czy z powodu upływu terminu związania ofertą, podnoszenie zatem tych argumentów w kontekście braku interesu, jest niezrozumiałe. W dniu dokonania czynności odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania, termin związania ofertą już upłynął. Izba uznając taką argumentację orzekałaby *de facto* o odrzuceniu oferty z tych powodów a nie o interesie we wniesieniu odwołania. Wykonawca może uzyskać zamówienia i ma interes w kwestionowaniu podstaw odrzucenia jego oferty. Gdyby Zamawiający nadal twierdził, że z tych przyczyn nie może wybrać oferty powinien ją odrzucić podając podstawę faktyczną i prawną, co pozwoliłoby Wykonawcy skorzystać ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Stwierdził, że można przypuszczać, że argumentacja taka oparta jest o nieobowiązujące już przepisy ustawy PZP z 2004 r., która przewidywała instytucję samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą przez wykonawcę. Przepisy obecnie obowiązującej ustawy takiego działania nie przewidują. Pozostawiając na boku rozważania, czy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą jest na gruncie obecnych przepisów skuteczne, z pewnością można stwierdzić, że skoro obowiązek taki (a nawet możliwość) nie został w ustawie przewidziany to brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą nie może negatywnie wpływać na sytuację prawną wykonawcy w postępowaniu - jak próbuje twierdzić Zamawiający.

W zakresie wniosku alternatywnego o oddalenie odwołania z uwagi na chybione zarzuty

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że pisma skierowane do Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH - Państwowego Instytutu Badawczego oraz FSC®

International wraz z odpowiedziami tych podmiotów, potwierdzają i uzasadniają stanowisko Zamawiającego i jednocześnie wskazują na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Przeciwnie, pisma te wskazują na to, że Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Odwołującego, pominął istotne elementy stanu faktycznego, w tym dokumenty załączone do tej oferty. Wybiórczo ocenił dokumenty, w dodatku z pominięciem przepisów ustawy PZP. Odpowiedź na odwołanie wskazuje, że Zamawiający ani w toku prowadzonego Postępowania, ani po zapoznaniu się z treścią odwołania nie dostrzega przywołanych w nim postanowień ustawy PZP, oraz znaczenia jakie nadaje ona jego wymogom. Powołuje się na odpowiedzi dwóch podmiotów, którym nie przedstawia wszystkich istotnych elementów stanu faktycznego. Z odpowiedzi przygotowanych w oparciu o wybiórcze informacje, wysnuwa błędne wnioski. Podkreślił, że oba podmioty, do których zwrócił się Zamawiający nie mają obowiązku znać przepisów ustawy PZP, w szczególności art. 104 i 105 ustawy PZP, zatem mogą udzielać odpowiedzi z ich pominięciem. Jednak sam Zamawiający prowadząc postępowanie musi nie tylko znać treść przepisów, ale również je stosować. Wyjaśnienia podmiotów zewnętrznych mogą stanowić pomoc w ocenie ofert, a nie mogą zastąpić Zamawiającego w takiej ocenie. Uzyskane informacje należy przeanalizować w kontekście postanowień ustawy PZP i postanowień SWZ i na tej podstawie podjąć decyzję. Do okoliczności braku uwzględnienia postanowień SWZ i ustawy PZP odnosi się Odwołujący szeroko w uzasadnieniu odwołania. Do argumentacji tej, w żaden sposób nie odnosi się jednak Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie i ich oceny przez Zamawiającego

- Atest PZH

Do odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający załączył korespondencję z przedstawicielem Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH - Państwowego Instytutu Badawczego i na tej podstawie odrzucił ofertę. Zamawiający zdaje się pomijać zupełnie treść art. 105 ustawy PZP, rozumiejąc równoważność w sposób potoczny, a nie ustawowy. Jednak żądanie atestu PZH zostało umiejscowione w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia co jest kluczowe na etapie badania i oceny ofert, które musi odbywać się w świetle tych przepisów. Należy zatem wszechstronnie przeprowadzić badania stopniowe opisane w ustawie PZP tj. kolejno: czy wykonawca przedstawił żądany certyfikat, czy wykonawca przedstawił certyfikat równoważny (tego Zamawiający nie uczynił pomijać zarówno Certyfikat higieniczny o numerze 19 0322 T/ITC wydany przez Instytut ITC dotyczący obrzeża ABS z fabrycznie naniesioną warstwą kleju, jak i świadectwo nr A -1228 - BOŚ/2016 wydane przez Instytut Technologii Drewna z Poznania) oraz, w razie stwierdzenia braku ww. certyfikatów, czy

wykonawca przedstawił dokumenty odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w art. 105 ust. 4 ustawy PZP (Karta charakterystyki kleju).

Zgodnie z art. 105 ust. 1, 3 i 5 ustawy PZP:

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (...) z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (...) zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do PZH z zapytaniem: „czy uznać można, że Karta charakterystyki (kopia w załączeniu) jest dokumentem równoważnym w stosunku do ww. atestu PZH”.

Na tak postawione pytanie uzyskał odpowiedź przeczącą i na tej podstawie odrzucił ofertę, takie uzasadnienie wskazując jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty. Zamawiający skoncentrował się do uzyskaniu odpowiedzi czy karta charakterystyki jest równoważna do atestu PZH. Oczywiście nie jest, czego Odwołujący nie kwestionuje. Jednakże Zamawiający zupełnie pomija treść art. 105 ust. 3 ustawy PZP nie dokonując oceny Certyfikatu higienicznego o numerze 19 0322 T/ITC wydanego przez Instytut ITC dotyczącego obrzeża ABS z fabrycznie naniesioną warstwą kleju oraz świadectwa nr A -1228 - BOŚ/2016, potwierdzającego higieniczność gotowego produktu. W dalszej kolejności pomija także art. 105 ust. 4 ustawy PZP, który wskazuje, że karta charakterystyki powinna zostać oceniona również w świetle tego przepisu, a nie tylko w kontekście równoważności. A właśnie z pisma PZH jednoznacznie wynika, że karta charakterystyki zawiera informacje, które są wymagane dla przeprowadzenia atestacji.

Jak czytamy w odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu: Atest higieniczny stanowi certyfikat potwierdzający bezpieczeństwo zdrowotne danego wyrobu i jest on wydawany na podstawie dokumentacji przekazanej przez wnioskodawcę, zgodnej z wymaganiami

procesu atestacji w zakresie danego wyrobu. Atest jest certyfikatem wydawanym dla konkretnego wnioskodawcy na ściśle określony wyrób/wyroby, posiadającym indywidualne oznaczenia literowo-cyfrowe, a także okres ważności (aktualnie 5 lat). Karta charakterystyki jest z kolei dokumentem zawierającym opis zagrożeń, które może spowodować określona substancja lub mieszanina chemiczna, a także podstawowe dane fizykochemiczne na jej temat. Często karta charakterystyki jest wymagana w trakcie procesu atestacji jako jeden z dokumentów podlegających ocenie merytorycznej, obok m.in. składu chemicznego wyrobu, zakresu jego zastosowania oraz zalecanych środków ostrożności czy wyników badań laboratoryjnych.

Należy podkreślić, że Karta charakterystyki produktów, zawiera ww. informacje.

Co więcej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 maja 2022r, do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wśród atestów i certyfikatów zostało złożone świadectwo nr A -1228 - BOŚ/2016 wydane przez Instytut Technologii Drewna z Poznania stwierdzające, że po wykonaniu odpowiednich badań, systemy meblowe fabryki MEBELUX, spełniają wymagania ujęte w Zarządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 12.03.1996 r. w sprawie dopuszczalnych stężeń substancji szkodliwych dla zdrowia, wydzielanych przez materiały i elementy wyposażenia w pomieszczeniach kategorii A przeznaczonych na stały pobyt ludzi.

Czyli Zamawiający miał jeszcze jeden dokument, na którego również nie brał pod uwagę, a który potwierdza, że produkowane meble przez fabrykę Mebelux, spełniają najwyższe wymagania zdrowotne i higieniczne, a co za tym idzie, że każda składowa mebla, w tym kleje, też spełniają warunki higieniczności.

Odwołujący zaoferował gotowy produkt. Za jego produkcję oraz dobór materiałów odpowiada producent. Producent zdecydował się na certyfikację gotowych obrzeży z naniesionym na nie klejem. Zatem certyfikat dla obrzeży obejmuje także sam klej. Przedstawił również świadectwo nr A -1228 - BOŚ/2016 wydane przez Instytut Technologii Drewna z Poznania, potwierdzające higieniczność całego gotowego produktu i dodatkowo przedstawił kartę charakterystyki kleju jako dokument, o którym mowa w art. 105 ust. 4 ustawy PZP.

Z tych wszystkich dokumentów Zamawiający poprzestał na ocenie jednego tj. Karty charakterystyki produktu, stwierdzając jedynie, że nie jest równoważna do atestu PZH. Nie wiadomo nadal, czy i jak Zamawiający ocenił pozostałe dokumenty i czy w ogóle to uczynił. W ocenie Odwołującego, na podstawie odpowiedzi na odwołanie można wnioskować, że oceny takiej nie dokonał. Już sam ten fakt powoduje, że czynność odrzucenia oferty odwołującego jest dokonana z naruszeniem przepisów ustawy PZP, z pominięciem dokumentów złożonych przez Odwołującego i z naruszeniem art. 105 ustawy PZP.

- Certyfikat FSC

Pismem z dnia 06.09.2022 r. Zamawiający wrócił się do FSC International z pytaniem o certyfikat FSC. W piśmie zawarł jednak następujące informacje:

„W opisie przedmiotu zamówienia UW (jako Zamawiający) wymagał, aby oferowane przez Wykonawcę meble posiadały m.in. certyfikat FSC lub PEFC.”

Zamawiający nie zacytował wprosi SWZ przez co nie poinformował, że wymóg dotyczył FSC dla gotowego produktu, co ma istotne znaczenie w świetle oceny w kontekście spełnienia wymogu. Nie precyzuje czy jego wymóg odnosił się do podmiotu oferującego meble z certyfikatem FSC czy do gotowego produktu.

Dalej Zamawiający wskazał, że:

„Wpłynęła oferta, w której zostały zaoferowane meble producenta wpisanego w bazie dostępnej na Państwa stronie internetowej

Również tu Zamawiający nie precyzuje, że zostały zaoferowane konkretne meble, które posiadają certyfikat gotowego produktu. Jest to istotna różnica w kontekście oceny sytuacji w niniejszym postępowaniu, gdyż z odpowiedzi przedstawiciela FSC wynika, że: „Ta firma nie posiada certyfikatu, w związku z czym nie jest audytowana przez niezależną jednostkę certyfikującą, przez co nie można w 100% stwierdzić czy meble kupowane przez Państwa są tymi samymi meblami, które dostawca nabył od producenta z certyfikatem FSC.”

Jednak z oferty wynika jakie meble oferuje Odwołujący, a Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie kwestionował ich pochodzenia ani autentyczności, zatem powyższa uwaga, nie powinna mieć żadnego znaczenia dla oceny oferty, z której wprost wynika, że zaoferowano certyfikowany gotowy produkt, a nie bliżej nieokreślony produkt pochodzący od producenta z certyfikatem.

Tu przedstawiciel FSC referuje wprost do tego elementu systemu certyfikacji, który odnosi się do wiarygodności wykonawcy, a nie cech produktu. Jednak nie tego dotyczyła SWZ.

Dalej w odpowiedzi przedstawiciela FSC wskazano, że: ***„Co więcej, tylko podmiot posiadający certyfikat FSC może wykazać na fakturze, że dany produkt jest certyfikowany”***. Również w tym wypadku nie ma to znaczenia dla oceny ofert, gdyż Zamawiający w SWZ nie stawiał wymogu, aby fakt certyfikacji był zaznaczony na fakturze.

Następnie w odpowiedzi przedstawiciela FSC wskazano, że:

Państwa potencjalny dostawca może posiadać na sprzedaż meble certyfikowane FSC, czego dowodem jest faktura z informacją o produktach FSC, która otrzymał od sprzedawcy z certyfikatem.

Jednak sam dostawca tego certyfikatu nie ma, więc te produkty, po sprzedaży ich kolejnemu

podmiotowi (w tym przypadku Państwu) „stracą” certyfikację.

W ocenie Odwołującego, to błędne wnioski wysunięte z tego ostatniego fragmentu doprowadziły Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego.

Z pierwszego w zacytowanych zdań wprost wynika, że Odwołujący może posiadać certyfikowane meble, mimo, że sam nie jest objęty systemem certyfikacji. Czyli potwierdzono w ten sposób możliwość oferowania produktu certyfikowanego przez podmiot nie posiadający certyfikatu FSC. Odwołujący oferuje taki certyfikowany produkt, czego Zamawiający nie kwestionuje. Swoją decyzję opiera natomiast na stwierdzeniu, że produkty, po sprzedaży ich kolejnemu podmiotowi (w tym przypadku Zamawiającemu) „stracą” certyfikację.

Owa utrata certyfikacji oznacza, że kolejny podmiot w łańcuchu dostaw, w tym wypadku Zamawiający, nie może oferować takich mebli jako mebli z certyfikatem FSC. Nie oznacza to jednak, że oferowane przez Odwołującego meble takiego certyfikatu nie mają. Zamawiający zdaje się zapominać, że dokonuje oceny oferty w kontekście jej zgodności z warunkami zamówienia. Warunkiem zamówienia było zaoferowanie gotowego produktu z certyfikatem FSC. Warunkiem zamówienia nie była taka jego sprzedaż, aby sam Zamawiający mógł go dalej oferować jako certyfikowany. Wynika to wprost z treści SWZ odczytywanej w kontekście przepisów ustawy PZP. Odwołujący po raz kolejny przypomina treść przepisów ustawy PZP: Zgodnie z art. 104 ust. 3 ustawy PZP: W przypadku, gdy zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniały wszystkie wymagania etykiety, **wskazuje mające zastosowanie wymagania etykiety.**

Wymóg zawarty w SWZ brzmiał:

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, tj.: (...)

3) dla wyposażenia meblowego oznaczonego symbolami: BP, O16, KP, SZ, SBCZ, SU, RB, SN, L1, SW140, SKAW, SS, SSK, SKO, SKUCH:

dla gotowego produktu:

- certyfikatu FSC

Wymóg dotyczy certyfikacji oferowanego produktu.

Zamawiający nie wymagał, aby spełnione były inne wymogi w tym, aby wykonawca, który składa ofertę posiadał certyfikat, aby określona informacja została umieszczona na fakturze, aby Zamawiający mógł nadal oferować produkt jako certyfikowany itp. Posługując się zatem językiem ustawy PZP, wskazał wymagania etykiety związane z produktem.

Dopiero na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający zmienia swoje wymagania

rozszerzając je w ten sposób, że wymaga, aby to wykonawca był certyfikowany. Przyjęta przez Zamawiającego interpretacja prowadzi bowiem do takich właśnie wniosków. Jeśli produkt, sprzedał wykonawca bez certyfikatu to meble „stracą” certyfikację. Jednakże to nie interpretacja Zamawiającego, a treść SWZ wyznacza zakres wymagania. Jest nim certyfikat na gotowy produkt.

Powyższe stoi w zgodności z art. 104 ust. 6 ustawy PZP: Jeżeli dana etykieta, która spełnia warunki określone w ust. 1 pkt 2-5, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie może żądać tej etykiety. W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub, w razie potrzeby, do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Tak też uczyniono, dlatego Odwołujący nie wnosił środków ochrony prawnej na etapie SWZ. Treść SWZ jest bowiem zgodna z ww. przepisami. Zamawiający odnosi się do cech produktu (pochodzenie drewna) i nie rozszerza wymogu podmiotowo na wykonawcę (brak warunku udziału w postępowaniu dotyczącego konieczności posiadania przez wykonawcę certyfikatu FSC, zamieszczenia znaku FSC na fakturze).

Celem Zamawiającego nie jest oferowanie dalej certyfikowanych produktów (do tego być może potrzebowałby nieprzerwanego łańcucha dostawców). Jego celem jest nabycie produktu, o określonych **cechach jakościowych** (w tym wypadku gwarantowanych określoną etykietą tj. FSC). Traktując certyfikat przedmiotowo, jako potwierdzenie cech - w tym wypadku pochodzenie drewna, nie sposób przyjąć, że produkt, który jest certyfikowany w ten sposób (czemu Zamawiający nie zaprzecza) nagle poprzez zmianę właściciela przestaje mieć żądane cechy. Warto w tym miejscu przypomnieć rzecz oczywistą. Etykieta FSC ma na celu potwierdzenie, że produkty zawierające logo FSC zostały wykonane z surowców pochodzących z odpowiedzialnych źródeł (<https://pl.fsc.org/pl-pl/o-fsc-0>). Jak czytamy na stronach internetowych FSC: *W ten sposób certyfikacja FSC pomaga podejmować etyczne i odpowiedzialne decyzje w lokalnym supermarkecie, w księgarni, w sklepie z meblami i w wielu innych miejscach.* **Niezrozumiałe zatem jest twierdzenie, że ten sam produkt (w ofercie wskazano jego nazwę i producenta), który posiada certyfikat FSC (potwierdzający, że pochodzi z odpowiedzialnych źródeł) po sprzedaży go Zamawiającemu przestaje z nich pochodzić (sic!).**

Zamawiający zdaje się zapominać o brzmieniu SWZ i ustawy PZP, dokonując oceny oferty Odwołującego na podstawie stanowiska podmiotu zewnętrznego, którego nie zapoznał z całym stanem faktycznym. Co istotne to Zamawiający (nie podmiot zewnętrzny) dokonuje

badania i oceny ofert w świetle treści SWZ i ustawy PZP. Może posiłkować się wyjaśnieniami zewnętrznych podmiotów, ale ich ocena musi odbywać się w świetle postanowień SWZ i nie mogą prowadzić do rozszerzającej interpretacji jej postanowień.

Odnoszą się do pisma z 21.09.2022 r. i odpowiedzi przedstawiciela FSC, Odwołujący wyjaśnia, że nie jest podmiotem widniejącym w wykazie podmiotów certyfikowanych FSC, co jednak nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W zakresie przystąpień:

Wykonawca L. sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykazując interes w przystąpieniu szeroko omówił orzecznictwo, z którego wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko- nie ograniczając go do konkretnego postępowania, a interes przystępującego jeszcze szerzej.

Owszem z orzecznictwa TSUE i KIO wynika szersze rozumienie interesu, jednak nie oznacza to, tak szerokiego interesu jakich chciałby legitymować się L. Sp. z o.o. Podkreślił, że wykonawca L. Sp. z o.o. został odrzucony z postępowania w wyniku wykonania wyroku KIO z 09.08.2022 r., na który to wyrok nie wniósł skargi, pomimo, że w toku postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw przeciw uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego. Na samą czynność odrzucenia jego oferty również nie wniósł odwołania. Obecnie jego oferta jest skutecznie odrzucona. Gdyby Zamawiający nie dokonał błędnych decyzji w sprawie oferty Odwołującego, L. Sp. z o.o. nie mógłby skutecznie wnieść odwołania na taką czynność. Jednak Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy PZP odrzucił ofertę, co nie może stanowić podstawy do „przywrócenia” wykonawcy L. Sp. z o.o. do postępowania w postaci przystępującego do Zamawiającego. Równie dobrze przystąpienie takie mógłby zgłosić każdy podmiot nawet ten, który nie składał oferty, gdyż jego sytuacja prawna jest dokładnie taka sama jak wykonawcy L. Sp. z o.o. - nie jest już uczestnikiem postępowania przetargowego. Gdyby nawet przyjąć, że wykonawca ma interes w domaganiu się unieważnienia postępowania, to wyłączenie w zakresie takiego zarzutu można uznać jego przystąpienie za skuteczne. Nie można natomiast uznać za skuteczne przystąpienia w zakresie zarzutu odrzucenia oferty. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że jedna z tych czynności wynika z drugiej, jednak przyjęcie, że wykonawca, którego oferta jest prawomocnie odrzucona może brać udział w postępowaniu odwoławczym - w charakterze uczestnika, któremu przysługuje prawo wniesienia skargi - również w przedmiocie oceny innej oferty, jest wykroczeniem poza szeroko nawet rozumienie pojęcie interesu. Podkreślił, że Wykonawca L. Sp. z o.o. nie wnosił odwołania na brak odrzucenia oferty Odwołującego w ramach pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopuszczenie go zatem do postępowania odwoławczego na tym etapie w charakterze przystępującego - stanowi de

facto umożliwienie mu podnoszenia spóźnionych argumentów po skutecznym odrzuceniu jego oferty, z pozycji przystępującego. W związku z tym Odwołujący wnosił **opozycję** wobec przystępowania Wykonawca L. Sp. z o.o. w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca TRONUS POLSKA Sp. z o.o. nie wskazał strony, do której przystępuje ani interesu, w związku z tym wnosimy o niedopuszczenie tego podmiotu w charakterze przystępującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona w wypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez Tronus Polska Sp. z o.o. i nie dopuściła ww. podmiotu do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Zgodnie z art. 525 ust. 1 NPzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłaszający przystąpienie Tronus Polska Sp. z o.o. nie wskazał w piśmie skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej strony, do której przystępuje ani interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia nie spełniało zatem wymogów formalnych wynikających z art. 525 ust. 1 NPzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez L. Sp. z o.o. i nie dopuściła ww. podmiotu do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Jednocześnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 23.09.2022 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu wszystkich ofert, w tym także oferty L. Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 NPzp. Powyższe było wynikiem wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z 09.08.22 r., sygn. akt: KIO 1880/22. Zgłaszający przystąpienie zapadłego wyroku nie zaskarżył w ustawowym terminie, wobec czego zapadłe orzeczenie uprawomocniło się,

a w konsekwencji odrzucenie jego oferty stało się ostateczne, a co za tym idzie – L. Sp. z o.o. utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak zaś wynika z art. 525 ust. 1 NPzp przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić jedynie podmiot będący wykonawcą.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, zmiany postanowień FSC z 20.04.2022 r., oferty Odwołującego, oferty L. Sp. z o.o., dokumentu wadialnego Odwołującego, wezwania Odwołującego z 12.05.2022 r. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego złożonych 19.05.2022 r., przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego przez L. Sp. z o.o., informacji od L. Sp. z o.o. z 05 i 18.07.2022 r. skierowanej do Zamawiającego w sprawie Odwołującego, wezwania do wyjaśnień Odwołującego z 06.09.2022 r., odpowiedzi Odwołującego z 08.09.2022 r., wezwania do wyjaśnień Odwołującego z 19.09.2022 r., odpowiedzi Odwołującego z 20.09.2022 r., korespondencji Zamawiającego z PZH oraz FSC (załączona do odpowiedzi na odwołanie), informacji o odrzuceniu ofert oraz unieważnieniu postępowania z 23.09.2022 r., informacji o zwolnieniu wadium złożonego przez Odwołującego, jak i stanowiska L. Sp. z o.o. w przedmiocie realizacji zamówienia.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

1. Kopia pisma z Fabryki Mebli Mebelux;
2. Kopia pisma od producenta obrzeży HRANIPEX;
3. Kopia certyfikatu higienicznego o numerze 19 0322 T/ITC;
4. Kopia odpowiedzi producenta SCHLISNER na zapytanie o ATEST Higieniczny na klej;
5. Dokument „Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu FSC-STD-40-004 V3-0” /do pobrania na: <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty/>.

Izba także zaliczyła w poczet materiału dowodowego - Przewodnik po znakach towarowych FSC ® dla posiadaczy licencji promocyjnej /czerwiec 2020/ przywołany w oficjalnym stanowisku FSC do Zamawiającego z 12.09.2022 r. oraz w odwołaniu przez Odwołującego na str. 10 i 11 /do pobrania na: <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty/>.

Jednocześnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) Dwa pisma Zamawiającego do Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH-Państwowego Instytutu Badawczego (z 06 i 21.09.2022 r.) wraz z odpowiedziami (z 06 i 21.09.2022 r.);
- 2) Dwa pisma Zamawiającego do FSC® International (z 06 i 21.09.2022 r.) wraz z odpowiedziami (z 12 i 21.09.2022 r.).

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1. Wydruk ze sklepu internetowego Kauflandu dot. papieru toaletowego oznaczeniem FSC, wydruk ze sklepu internetowego z Leroy Merlin dot. karnisza drewnianego certyfikowanego certyfikatem FSC;
2. Wydruk ze strony FSC dotyczący Lidla, że jest certyfikowany jedynie w Azji i tylko tam może sprzedawać produkty certyfikowane certyfikatem FSC, przy czym w Polsce jest sytuacja odmienna, gdyż oferowane są te produkty mimo, że nie dysponuje certyfikatem FSC.
- na okoliczność tego, iż można oferować produkty certyfikatem FSC nie będąc jednocześnie podmiotem dysponującym tym certyfikatem.
3. Wydruk ze strony FSC: „Sprzedajesz lub stosujesz produkty ze znakiem FSC ?” na okoliczność tego, że istnieje możliwość sprzedaży produktów certyfikowanych certyfikatem FSC nie będąc jednocześnie podmiotem dysponującym tym certyfikatem, przy czym jeśli dany podmiot zamierza tą okoliczność wykorzystywać do celów reklamowych musi nabyć licencje.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- Kopie atestu higienicznego B-BK-60211-0286/20 złożonego przez podmiot konkurencyjny w postępowaniu

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów skierowanych na rozprawę, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej w swej treści z warunkami zamówienia, w okolicznościach, w których oferta jest zgodna z dokumentami zamówienia, a Odwołujący przedstawił wszystkie wymagane środki dowodowe;
- 2) art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania, w okolicznościach, w których oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, czy też pisma procesowego Odwołującego, w szczególności treści SWZ z uwzględnieniem zmiany SWZ z 20.04.2022 r., zgodnie art. 5 § 2 ust. 1 pkt 3) SWZ: Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, tj.: (...)

3) dla wyposażenia meblowego oznaczonego symbolami: BP, O16, KP, SZ, SBCZ, SU, RB, SN, L1, SW140, SKAW, SS, SSK, SKO, SKUCH:

dla kleju użytego do klejenia obrzeża:

- atestu wydanego przez PZ; z kolei dodatkowo żądał także według 5 § 2 ust. 1 pkt 3)

SWZ: Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, tj.: (...)

3) dla wyposażenia meblowego oznaczonego symbolami: BP, O16, KP, SZ, SBCZ, SU, RB, SN, L1, SW140, SKAW, SS, SSK, SKO, SKUCH:

dla gotowego produktu:

- certyfikatu FS.

Odwołujący złożył stosowne przedmiotowe środki dowodowe jak został to przedstawione w odwołaniu, po wezwaniu w trybie uzupełnienia, gdyż miały być one złożone wraz z ofertą, co nie miało miejsca w odpowiedzi na wezwanie Odwołującego z 12.05.2022 r. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Następnie przedstawił wyjaśnienia w zakresie spornych środków dowodowych (wezwanie do wyjaśnień Odwołującego z 06.09.2022 r., odpowiedź Odwołującego z 08.09.2022 r., wezwanie do wyjaśnień Odwołującego z 19.09.2022 r., odpowiedź Odwołującego z 20.09.2022 r.). W pierwszych z nich wskazał, w odpowiedzi na wezwanie z 06.09.2022 r. /„(...) 3.

Zamawiający wznosił, aby klej użyty do klejenia obrzeża mebli posiadał Atest wydany przez PZH, natomiast Wykonawca złożył Kartę charakterystyki dla produktu HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.11; HRANITHERM 600.18; HRANITHERM 600.19. Proszę o wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca złożył kartę charakterystyki zamiast atestu wydanego przez PZH? (...)/, że: „(...) Ad. 3 Z informacji, jakie uzyskaliśmy od producentów mebli wynika, że nie są stosowane w seryjnej produkcji mebli kleje, które posiadają atesty higieniczne, gdyż atestacja tych produktów nie jest obowiązkowa. Od 01.01.2016 roku regulamin atestacji produktów przez PZH został zmieniony przez co atest jest wymagany wyłącznie od grupy produktów, które mają kontakt z wodą zdatną do spożycia przez ludzi. W pozostałych przypadkach nie jest to dokument obowiązkowy. Z tego powodu wymaganie Zamawiającego jest niemożliwe do spełnienia. Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 106 ust. 3 zamawiający jest zobowiązany do akceptowania przedmiotowych środków dowodowych równoważnych do wymaganych, o ile potwierdzają, że przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania. Karta charakterystyki jest dokumentem obowiązkowym w przypadku wprowadzania do obrotu substancji i mieszanin, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 (REACH). Zawiera on informacje o wszystkich aspektach produktu, które są przedmiotem atestów higienicznych, w szczególności dokładnie określone informacje o wpływie produktu na zdrowie ludzi i środowisko naturalne, a także wskazówki dotyczące bezpieczeństwa postępowania z tym produktem. Stosowne informacje są określane na podstawie odpowiednich badań i testów. W związku z powyższym złożone karty stanowią w tym przypadku równoważny przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 106 ust. 3 Pzp. (...)”. W drugich z nich wskazał, w odpowiedzi na wezwanie z 19.09.2022 r.”(...) Czy Wykonawca Starpol Meble A.K., ul. Skowieszyńska 24, 24-100 Puławy posiada certyfikat FSC? (...)/, że: „(...) Uprzejmie informujemy, że firma Starpol Meble A.K. nie posiada certyfikatu FSC. Jednocześnie zwracamy uwagę, że okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z art. 5 § 2 pkt 3 SWZ Zamawiający wymagał certyfikatów FSC "dla gotowego produktu", a nie dla wykonawcy. Powyższe potwierdza też opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik 1 do OPZ, gdzie wskazano w opisie poszczególnych mebli: "produkt posiadający certyfikat FSC". Jednocześnie zamawiający nie wymagał oświadczenia FSC na dokumentach sprzedaży wystawianych Zamawiającemu. W swojej ofercie w zakresie, którego dotyczy to wymaganie, zaoferowaliśmy dostawę mebli, których producentem jest firma Mebelux Sp. z o.o. i przedstawiliśmy certyfikat FSC wystawiony dla tego podmiotu. Mebelux Sp. z o.o. jest wytwórcą gotowego produktu co powoduje, że jego produkty posiadają certyfikat FSC i takie oświadczenie zamieszcza na dokumentach sprzedaży dla Starpol Meble. Zgodnie

z zasadami FSC wyrób końcowy(gotowy), to "Wyrób, który nie zostanie poddany dalszemu przekształcaniu pod względem przetwarzania, etykietowania lub pakowania przed jego zamierzonym, końcowym użyciem lub sprzedażą użytkownikowi końcowemu. Montaż wyrobów końcowych, wypełnianie opakowań i cięcie na wymiar nie są traktowane jako przekształcanie wyrobu, chyba że czynności te wiążą się z przepakowaniem, zmianą składu wyrobu FSC lub zmianą etykiet." (por. dokument "FSC-STD-40-004_v3-1 PL - Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu- obowiązuje od 01.09.2021.pdf" dostępny na stronie <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty> - definicja "wyrobu końcowego" na str. 46). Starpol Meble w żaden sposób nie przetwarza mebli, których dotyczy ten wymóg, nie wprowadza w nich żadnych zmian, nie etykietuje ani nie pakuje – jego rola ogranicza się do odsprzedaży mebla dla klienta końcowego oraz ewentualnego montażu mebli, nietraktowanego jako przekształcenie wyrobu. Dodatkowo, zgodnie z zasadami certyfikacji FSC, celem certyfikacji jest zapewnienie odpowiedniego pochodzenia surowca używanego do produkcji mebli. Certyfikacją nie musi być objęta sprzedaż dla klienta końcowego i sprzedawcy końcowego (nazywany w dokumentach FSC roboczo "detalistą"), którego definicja brzmi: "organizacja, która sprzedaje wyroby końcowe konsumentom na cele użytkowe lub do konsumpcji, a nie do ponownej sprzedaży". Zaznaczamy jednocześnie, że w tym certyfikacie pojęcie "konsumenta" ma znaczenie inne niż w przepisach polskiego prawa cywilnego i odnosi się zarówno do osób, jak i organizacji, które kupują i korzystają z wyrobów, a nie nabywają ich w celu dalszej odsprzedaży (por. dokument "FSC-STD-40-004_v3-1 PL - Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu- obowiązuje od 01.09.2021.pdf" dostępny na stronie <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty> - uwaga w ramce nr 1 na str. 5, pkt 5.1.b na str. 11, pkt 5.9 na str. 13, definicja "użytkownika końcowego" na str. 46, definicja "detalisty" na str. 50). Podsumowując, Starpol Meble nie wykonuje żadnej spośród czynności, które objęte są certyfikacją FSC: nie sprzedaje wyrobów z oświadczeniami FSC na dokumentach sprzedaży, nie etykietuje wyrobów jako posiadające certyfikat FSC, nie produkuje ani nie przetwarza wyrobów sprzedawanych z oświadczeniami FSC, a także nie promuje wyrobów z certyfikatem FSC. Firma Starpol Meble A.K. zaoferowała w przedmiotowym postępowaniu przetargowym meble producenta Mebelux Sp. z o.o. z Ostródy (produkty końcowe) w 100% zgodne z opisem przedmiotu zamówienia i posiadające certyfikat FSC, na dowód czego przedstawiła jako przedmiotowy środek dowodowy certyfikat FSC dla wytwórcy wyrobu końcowego firmy Mebelux Sp. z o.o.. Tym samym spełniła wymagania Zamawiającego z art. 5 § 2 pkt 3 SWZ, w którym Zamawiający wymagał certyfikatów FSC "dla gotowego produktu". (...).

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem wnioskowanego przez Zamawiającego oddalenia z uwagi na brak interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, z uwagi na upływ terminu związania ofertą, jak i brak zabezpieczenia oferty wadium, Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Po pierwsze, uległ zamianie stan prawny względem stanu prawnego regulowanego ustawą Pzp z 2004 r., obecnie m.in. nie ulega zawieszeniu termin związania ofertą, w dniu wniesienia odwołania.

Po drugie skoro, nie ma obecnie zawieszenia terminu związania ofertą wraz z wniesieniem odwołania, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia, aby wybór nastąpił w terminie związania oferta określonym w dokumentach zamówienia. Art. 252 ust. 2 i 3 NPzp stanowią wyjątek. Jest to także istotne w kontekście braku możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawców.

Jeżeli więc Zamawiający nie dochował wymogu wynikającego z art. 220 ust. 3 NPzp i nie wezwał Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tym bardziej wobec trwającego postępowania odwoławczego i niebezpieczeństwa skutecznego zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej. To takie zaniechanie ze strony Zamawiającego, wobec braku możliwości samodzielnego przedłużenia, nie może powodować negatywnych skutków i wskazany wyjątek miałby zastosowanie. Kwestia wadium ma charakter wtórny do terminu związania ofertą, a wskazane wyjątki nie formułują konieczności wnoszenia nowego wadium.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

Względem zarzutu dotyczącego braku przedłożenia atestu wydanego przez PZH dla kleju użytego do klejenia obrzeża, Izba oddaliła niniejszy zarzut.

W pierwszej kolejności, Izba podkreśla, że w jej ocenie, nie jest jej celem ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności Zamawiającego, zatem powinna brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania (za wyrokiem Sądu Okręgowy w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13: „Zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego "stan rzeczy" jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem "stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy", o którym mowa w treści art. 316 § 1 kp.c. Stan rzeczy określony w p.z.p. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jak słusznie wskazał skarżący, podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. mógł być jedynie materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. (...) Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy p.z.p., powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty." (...) „Zadaniem Izby zgodnie z art. 172 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 2 p.z.p. w związku z art. 180 ust. 1 p.z.p. nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania.", czy też za wyrokiem KIO z 28.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2519/21: „Jest to o tyle istotne, że Izba ocenia czynność Zamawiającego na podstawie tych dokumentów jakimi Zamawiający dysponował w toku postępowania przetargowego. (stan rzeczy na dzień podjęcia czynności przez Zamawiającego). Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp /obecnie art. 552 ust. 1 NPzp/ wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp / obecnie 534 ust. 1NPzp/, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzić dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.”).

Zamawiający w tym zakresie opierał się na stanowisku Odwołującego, który w swoich wyjaśnieniach z 08.09.2022 r. referował do złożonej przez siebie Karty Charakterystyki, a nie certyfikatu na obrzeża. Izba nie zgadza się z tezą Odwołującego, że odpowiedź była taka jak zadane pytanie, gdyż kontekst pytania był jednoznaczny („Zamawiający wzmagał, aby klej użyty do klejenia obrzeża mebli posiadał Atest wydany przez PZH, natomiast Wykonawca złożył Kartę charakterystyki dla produktu HRANITHERM 600.10; HRANITHERM 600.11; HRANITHERM 600.18; HRANITHERM 600.19. Proszę o wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca złożył kartę charakterystyki zamiast atestu wydanego przez PZH?” /podkreślenia autora/) i nie było żadnych przeszkód aby Odwołujący powołał się w kontekście kleju na czeski certyfikat /certyfikat higieniczny o numerze 19 0322T/ITC wydany przez Instytut ITC/, aby usunąć wynikające z pytania wątpliwości, a nie tylko na Kartę Charakterystyki Hranipex, czego nie uczynił. W konsekwencji były dalsze czynności Zamawiającego, w tym

korespondencja z PZH (pismo i odpowiedź z 06.09.2022 r. oraz pismo i Odpowiedź z 21.09.2022 r. – załączone do odpowiedzi na odwołanie). W dalszej kolejności Zamawiający nie mógł w efekcie na podstawie dokumentów, którymi dysponował uznać za wystarczającą Kartę Charakterystyki Hranipex, czy też także czeski certyfikat /certyfikat higieniczny o numerze 19 0322T/ITC wydany przez Instytut ITC/. W tym drugim wypadku, nie tylko dlatego, że kwestia ta, tzn. certyfikatu złożonego w postępowaniu, nie była przedmiotem wyjaśnień, ale dlatego, że z jego treści nie wynika kwestia użytego kleju w odróżnieniu od atestu higienicznego złożonego przez podmiot konkurencyjny /Kopia atestu higienicznego B-BK-60211-0286/20/, złożonego jako dowód na rozprawie przez Zamawiającego.

Jednocześnie, Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych w tym zakresie przez Odwołującego, gdyż Zamawiający nie dysponował tymi dokumentami przy ocenie ofert. Uznanie ich, sprowadzałoby się do tego, że de facto ocena oferty zostałaby dokonana, po raz pierwszy przed Izbą, na podstawie dokumentów, którymi nie dysponował Zamawiający.

Izba nie widzi możliwości uzupełnienia certyfikatu w tym zakresie, w trybie uzupełnienia, gdyż tryb ten został wyczerpany (czynność z 12.05.2022 r.), a uzupełnienie ma charakter jednorazowy (art. 107 ust. 2 NPzp) /dokonane 19.05.2022 r./. Odnosnie, ewentualnego ponownego wezwania do wyjaśnień, to takie działanie byłoby celowe, gdyby kwestia ta miała wpływ na wynik postępowania, jednakże wobec oddalenia kolejnego zarzutu, nie ma takiej konieczności.

Względem zarzutu dotyczącego braku przedłożenia certyfikatu FSC, Izba oddaliła niniejszy zarzut.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił zasadności swoich twierdzeń, czy też swojego sposobu interpretacji postanowień dokumentu Certyfikacja Łańcucha pochodzenia produktu. Nie można zaprzeczyć istnienia pewnych wątpliwości, które przedstawił na rozprawie oraz w toku wyjaśnień w postępowaniu Odwołujący (dokument "FSC-STD-40-004_v3-1 PL - Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu- obowiązuje od 01.09.2021.pdf" dostępny na stronie <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty> - definicja "wyrobu końcowego" na str. 46, czy też uwaga w ramce nr 1 na str. 5, pkt 5.1.b na str. 11, pkt 5.9 na str. 13, definicja "użytkownika końcowego" na str. 46, definicja "detalisty" na str. 50). W odpowiedzi na które Zamawiający przedstawił swoją interpretację (wskazał na dokument "FSC-STD-40-004_v3-1 PL - Certyfikacja łańcucha pochodzenia produktu- obowiązuje od 01.09.2021.pdf" dostępny na stronie <https://pl.fsc.org/pl-pl/standardy-i-inne-dokumenty> - ramkę nr 1 na str. 5, definicje „organizacji” ze str. 48, definicje "detalisty" na str. 50).

Jednakże Zamawiający dysponuje pisemnym stanowiskiem FSC, które zostało przedstawione w spornym stanie faktycznym. W wyniku tej korespondencji FSC stwierdził: „(...) Państwa potencjalny dostawca może posiadać na sprzedaż meble certyfikowane FSC, czego dowodem jest faktura z informacją o produktach FSC, którą otrzymał od sprzedawcy z certyfikatem. Jednak sam dostawca tego certyfikatu nie ma, więc te produkty, po sprzedaży ich kolejnemu podmiotowi (w tym przypadku Państwu) „stracą” certyfikację.”. Odwołujący nie przedstawił żadnego przeciwnego stanowiska FSC, że jest odmiennie, czy też wycofanie się FSC ze stanowiska wcześniejszego. Nie jest rolą Izby samodzielna weryfikacja istniejących stron internetowych FSC lub też firm szkoleniowych pomagających przy procesie certyfikacji. Postępowanie ma charakter kontradyktoryjny i ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Zgodnie bowiem z nadal aktualnym orzecznictwem: „(...) Postępowanie przed Izba ma charakter kontradyktoryjne, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: "w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego". Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmiennie stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności. (podobnie w wyroku KIO z 24.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2375/14).” (za wyrokiem KIO z 09.06.2020 r., sygn. akt: KIO 834/20).

W ocenie Izby, samo wskazanie określonych postanowień dokumentu regulującego kwestie certyfikacji jest niewystarczające wobec jednoznacznego stanowiska FSC. Wbrew tezę Odwołującego, w piśmie Zamawiającego skierowanym do FSC, jednoznacznie wskazano, że: „(...) W opisie przedmiotu zamówienia UW (jako Zamawiający) wymagał, aby oferowane przez Wykonawców meble posiadały m.in. certyfikat FSC lub PEFC. (...)”, czyli że Zamawiający wymagał aby meble posiadały certyfikat FSC, a nie Wykonawca. Nadto, że, chodzi o to: „(...) czy uznać można, że w wyżej wymienionych okolicznościach gotowe

produkty (meble) posiadają certyfikat FSC (...)”, czyli czy gotowe produkty (meble) posiadają certyfikat FSC.

Odwołujący na rozprawie przedstawił określone dowody /Wydruk ze sklepu internetowego Kauflandu dot. papieru toaletowego z oznaczeniem FSC, wydruk ze sklepu internetowego z Leroy Merlin dot. karnisza drewnianego certyfikowanego z certyfikatem FSC/, ale nie można wykluczyć, że przedstawione wydruki ze stron internetowych dotyczą podmiotów, które zawarły umowy licencyjne z FSC. O takiej sytuacji jest mowa w stanowisku FSC z 12.09.2022 r.: *„(...) d. promocja wyrobów z certyfikatem FSC, z wyjątkiem wyrobów gotowych i oznaczonych etykietą FSC, które mogą być promowane przez podmioty nieposiadające certyfikatu FSC (np. sprzedawców detalicznych) zgodnie z Przewodnikiem po znakach towarowych FSC dla posiadaczy licencji promocyjnej (...)”.*

Izba podkreśla ponownie, że ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który przedstawi także wydruk ze strony FSC: „Sprzedajesz lub stosujesz produkty ze znakiem FSC ?”, gdzie wskazuje się, że: *„Wśród posiadaczy umowy licencyjnej na stosowanie naszych znaków towarowych w Polsce znalazły się już takie firmy jak: Castorama Polska, Aldi, Carrefour, Orange Polska, Biedronka i wiele innych (...)”.* Nadto, stwierdza się tam także, że: *„(...) Jeżeli więc:*

- 1. sprzedajecie ukończone produkty od certyfikowanych dostawców i chcielibyście je dodatkowo promować znakami FSC na swoich stronach lub materiałach marketingowych*
- 2. korzystacie z produktów FSC w swoich operacjach: stosujecie kartony certyfikowane w systemie FSC do pakowania produktów, certyfikowane koperty i papier do kontaktu z klientami itd. (...)”*, co także podważa stanowisko Odwołującego z rozprawy, że można sprzedawać produkty gotowe FSC bez utraty certyfikatu FSC bez ich promocji (co wiąże się z umowa licencyjną).

W Przewodnikiem po znakach towarowych FSC ® dla posiadaczy licencji promocyjnej /czerwiec 2020/ przywołanym także w oficjalnym stanowisku FSC do Zamawiającego z 12.09.2022 r., na str. 5 oraz w odwołaniu przez Odwołującego na str. 10 i 11 stwierdza się - Korzystanie ze znaków towarowych (Sprzedaż gotowych produktów posiadających etykietę produktową FSC) Przykłady rodzajów organizacji „Sklepy, punkty sprzedaży, marki, wydawcy i agenci, którzy *prowadzą działalność w zakresie sprzedaży gotowych, opatrzonych etykietą produktów certyfikowanych w systemie FSC konsumentom końcowym, i które nie chcą zamieszczać oświadczeń FSC w swoich dokumentach sprzedaży.*” (podkreślenie autora).

W konsekwencji Odwołujący nie udowodnił, że może sprzedawać produkty od podmiotu dysponującego certyfikatem FSC oznaczonych znakiem FSC (Odwołujący oświadczył, że takie oznaczenie znajduje się na opakowaniach) bez utraty przez te produkty gotowe certyfikacji (a taką opinie wyraził FSC dla Zamawiającego w stanowisku z 12.09.2022 r.), tym bardziej, że nie przedstawił umowy licencyjnej. Stanowisko Odwołującego z jego pisma procesowego (str. 5 do 7) względem stanowiska FSC z 12.09.2022 r. jest niewiarygodne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na oddalenie pierwszego zarzuty, Izba oddaliła także zarzut drugi, z uwagi na jego wynikowy charakter względem pierwszego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....