

**WYROK**

**z dnia 25 marca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **24 marca 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 marca 2022 r.**

przez wykonawcę: **Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych* (nr postępowania WZP-421-35/2021)

prowadzonym przez zamawiających: **Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie, działający również w imieniu i na rzecz sądów powszechnych oraz Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie, oraz Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Komorowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie z uwagi na brak wpływu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na wynik prowadzonego przez niego postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**
  - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiających solidarnie kwotę 4367 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym przez Zamawiających z tytułu**

wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie i sporządzenia ekspertyzy dopuszczonej jako dowód.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Krakowie, działający również w imieniu i na rzecz sądów powszechnych oraz Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie, oraz Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie {dalej: „Zamawiający} prowadzą na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych* (nr postępowania WZP-421-35/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 maja 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S\_98 pod poz. 256397 .

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza progi unijnie.

28 lutego 2022 r. Zamawiający zawiadomili drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Komorowie {dalej: „Lyreco” lub „Przystępujący”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach {dalej: „Konsorcjum Biuro Klub” lub „KBK”}.

10 marca 2022 r. Konsorcjum Biuro Klub {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającym następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust 1 pkt 5 – przez wadliwą ocenę próbki oraz odrzucenie oferty KBK jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że zaoferowany w postępowaniu i złożony jako próbka w poz. 141. marker Taurus Trade TMP-04c jest zgodny z określonymi w SWZ wymaganiami co do grubości linii pisania 1-2 mm.
2. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez wadliwą ocenę próbek dla poz. 141. w kryterium jakości w odniesieniu do cechy: *Produkt posiada neutralny, niedrażniący zapach* i w jej wyniku przyznanie Lyreco za jej spełnienie 1 pkt, co skutkowało wadliwym wyborem najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającym:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty jako obarczonego wadą mającą wpływ na wynik postępowania.

2. Powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty KBK.
3. Dokonanie prawidłowej oceny próbek dla poz. 141. w kryterium jakości w odniesieniu do cechy *Produkt posiada neutralny, niedrażniący zapach*, polegającej na przyznaniu ofercie Lyreco 0 pkt, co spowoduje wybór oferty KBK jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}.

Opis przedmiotu zamówienia dla poz. 141. z załącznika nr 2 do SWZ: *Marker permanentny na bazie alkoholu, linia pisania min. 1200m, końcówka okrągła o grubości 4,5mm, grubość linii pisania 1-2mm, certyfikat ISO 9001 lub równoważny, płynny tusz, system dozowania tuszu za pomocą tłoczka gwarantującego jednakową intensywność koloru przez cały okres używania produktu [dodatkowy opis zawarto w załączniku nr 9 do SWZ].*

Rozdział IX SWZ, pkt 2. Przedmiotowe środki dowodowe:

*2.1. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagania lub cechy, a także wymagania w zakresie kryteriów oceny ofert, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca złożył z ofertą próbki produktów oferowanych w następujących pozycjach Załącznika nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – Formularz Cenowy, w podanych ilościach:*

(...)

*- poz. 141 – Marker permanentny (kolor czarny) – 1 szt.*

(...)

*2.2. Zamawiający wymaga opatrzenia każdej próbki numerem pozycji, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ, celem identyfikacji asortymentu.*

*2.3. Przedmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt. 2.1, nie będą podlegać procedurze uzupełnienia.*

*2.4. W przypadku braku złożenia którejkolwiek z wymaganych próbek, złożenia próbek w nieprawidłowej ilości lub złożenia próbki nie spełniającej wymogów określonych w Załączniku nr 2 do SWZ, oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu.*

*2.5. Zgodnie z art. 77 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwróci Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich próbki.*

Rozdział XIII SWZ

*2. Punkty w kryterium „Jakość” zostaną przyznane na podstawie oceny próbek*

zaoferowanych produktów załączonych do oferty, o których mowa w Rozdz. IX ppkt. 2.1. SWZ.

Próbki należy złożyć w ilościach określonych w Rozdz. IX ppkt. 2.1. SWZ.

Pod pojęciem „Jakość” Zamawiający rozumie m.in. funkcjonalność oraz trwałość i estetykę wykonania produktu.

Ocena zostanie dokonana przez co najmniej 3 członków Komisji Przetargowej – Komisję Oceniającą – na wspólnym posiedzeniu, z zapewnieniem jednakowych warunków dokonywania oceny dla wszystkich ocenianych ofert. Członkowie Komisji Oceniającej w ramach oceny kryterium Jakości, oceniać będą oddzielnie każdy z produktów oferowanych przez Wykonawcę na podstawie cech opisanych w Załączniku nr 9 do SWZ – Formularz oceny próbek – na zasadzie: nie spełnia – 0 pkt.; spełnia – wskazana ilość punktów.

Następnie Komisja Oceniająca – w odniesieniu do każdej z ocenianych ofert oddzielnie dokona:

a) sumowania liczby punktów przyznanych przez członka Komisji dla danego produktu;

b) sumowania liczby punktów przyznanych przez członka Komisji dla wszystkich produktów – maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów to 100 pkt;

c) wyliczenia liczby punktów przyznanych ofercie badanej - punkty przyznane przez wszystkich członków komisji oceniającej zostaną zsumowane i podzielone przez liczbę członków Komisji Oceniającej, a powstała w ten sposób średnia arytmetyczna posłuży określeniu ostatecznej punktacji tego kryterium – maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów to 100 pkt.

Ocena ofert w kryterium jakości w odniesieniu do poz. 141. dotyczy w szczególności następującej cechy: *Produkt posiada neutralny, niedrażniący zapach* [opis z załącznika nr 9 do SWZ].

Wykonawcy zaoferowali w postępowaniu następujące markery permanentne:

- Odwołujący *Taurus Trade TMP-04c CZARNY* {dalej: „marker Taurus”},
- Lyreco *LEVIATAN-POLIGRAFIA SP. Z O.O. MARKER D.RECT ML100 OKR PERMANENTNY Z POMPKĄ CZARNY – 009747* {dalej: „marker Leviatan”}.

W trakcie postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie poz. 141 (pismem z 27 stycznia 2022 r. w trybie art. 223 ust. 1 pzp).

W piśmie z 31 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził treść oferty odnośnie parametrów wskazanych dla poz. 141. z powołaniem się na załączoną kartę katalogową producenta, w której dla zaoferowanego markera permanentnego grubość

linii pisania została określona na 1 mm.

Jak wynika z treści udostępnionych Odwołującemu kart oceny próbek w odniesieniu do poz. 141:

- marker Leviatana został uznany za posiadający neutralny, niedrażniący zapach, za co przyznano ofercie Lyreco 1 pkt;
- marker Taurusa nie był oceniany z uwagi na odrzucenie oferty KBK za niespełnienie parametru grubości linii pisania, jednak biorąc pod uwagę zastrzeżenia wpisane przez członków komisji przetargowej [uwidocznione w odwołaniu], że oceniliby w tym zakresie ofertę na 0 pkt.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty KBK Zamawiający wskazał, co następuje:

*Komisja oceniająca po zbadaniu produktu stwierdziła niezgodność dotyczącą grubości linii pisania w stosunku do zadeklarowanego w OPZ-Formularzu cenowym parametru. Wykonawca zadeklarował grubość linii pisania 1mm, podczas gdy badanie próbki wykazało grubość 3mm. (...)*

*Zamawiający nie może uznać deklaracji dotyczącej parametrów produktu za przesądzającą, ponieważ komisja oceniająca podczas badania stwierdziła, że grubość linii pisania jest w rzeczywistości 3-krotnie większa od deklarowanej i różnica ta w żaden sposób nie może wynikać z błędu pomiaru. Zamawiający na podstawie dostarczonej próbki w pierwszej kolejności ocenia zgodność z opisem przedmiotu zamówienia, deklaracją w formularzu oferty i dopiero próbkę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia poddaje ocenie jakości.*

Odwołujący zaznaczył, że parametr grubości linii pisania markera permanentnego ani nie został zdefiniowany w SWZ, ani nie jest przedmiotem powszechnie obowiązujących norm czy też uniwersalnych specyfikacji technicznych. W przeciwieństwie przykładowo do długopisów kulkowych, dla których szerokość linii pisania jest bezpośrednio zdeterminowana parametrem kulki, w przypadku markerów, w szczególności markerów permanentnych, grubość linii pisania produktu jest bowiem bezpośrednio zależna od szeregu czynników, w szczególności kąta nachylenia, prędkości pisania, obciążenia markera czy też rodzaju zapisywanej powierzchni. Z tego względu producenci markerów permanentnych podają w katalogach parametr grubości linii pisania w różny sposób, w tym w przedziałach.

Odwołujący powołał się na następujący cytat ze strony internetowej <https://dlabiura24.pl/blog/czy-marker-permanentny-jest-zmywalny> jako adekwatnie oddający

charakter i przeznaczenie markerów permanentnych na bazie alkoholu:

*Markery permanentne są to artykuły piśmiennicze przeznaczone do pisania po prawie każdej powierzchni zarówno standardowej, jak i niestandardowej. Występują one w wielu kolorach oraz grubościach końcówek, co umożliwi każdemu dobór markera idealnie dostosowanego do wszystkich potrzeb. Oprócz tego, że końcówki mogą różnić się grubością, to dodatkowo występują one w dwóch wariantach, jeśli chodzi o rodzaj, wyróżniamy – ścięta i okrągła.*

*Markery permanentne odróżnia od tradycyjnych markerów głównie to, że tusz w nich zawarty odznacza się szczególną trwałością. Tusz markerów permanentnych najczęściej produkowany jest na bazie alkoholu lub alkoholowego rozpuszczalnika, który ma za zadanie utrwalić ciecz i sprawić, że po przeniesieniu jej na powierzchnie będzie odporna na zmywanie. Markery permanentne sprawdzą się w pisaniu i rysowaniu po niemalże każdej powierzchni, jednak należy zaznaczyć, że produkt najlepiej radzi sobie w kontakcie ze szkłem, plastikiem lub drewnem.*

*Warto również pamiętać, że zapach wydzielany przez markery permanentne jest bardzo intensywny i drażniący, ze względu na środki chemiczne i rozpuszczalniki wchodzące w skład tuszu, dlatego nie zaleca się stosowania ich przez dzieci i osoby podatne na uczulenia.*

*Zastosowanie markerów permanentnych jest naprawdę ogromne. Tak naprawdę ile pomysłów tyle zastosowań! Jak już wspomnieliśmy, największą zaletą markerów permanentnych jest ich duża odporność na zmycie i wytarcie. Toteż są one często stosowane do trwałego oznaczania i podpisywania między innymi paczek, przedmiotów i wielu innych.*

*Innym nieco mniej konwencjonalnym zastosowaniem markerów permanentnych jest tworzenie graffiti, co dla artystów jest szczególnie ważne, ponieważ markery permanentne sprawdzą się w pisaniu po każdej powierzchni, co daje twórcom dowolność w wyborze powierzchni.*

W odwołaniu zacytowano również kartę charakterystyki zaofertowanego przez Lyreco markera Leviatan, dostępną na stronie internetowej sklepu producenta, w odniesieniu do składu chemicznego, gdzie wymieniono etanol [pkt 3.2.], zapachu, który został określony jako charakterystyczny dla alkoholu etylowego [pkt 9.1.] oraz następująco sformułowanej informacji: *Działanie toksyczne na narządy docelowe – narażenie jednorazowe: Produkt sklasyfikowany jako mogący wywoływać uczucie senności lub zawroty głowy.*

{okoliczności prawne}

Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza kilkakrotnie badała kwestię parametru grubości linii pisania markerów, w szczególności w sprawie, w której Lyreco jako odwołujący w postępowaniu prowadzonym przez tych samych Zamawiających, zarzucał w szczególności, że zaoferowany przez KBK marker nie spełnia wymaganego wówczas parametru grubości linii pisania 1 mm, gdyż: (...) *każda z osób dokonująca badania zaoferowanego markera jest w stanie stwierdzić, bez przeprowadzania jakichkolwiek specjalistycznych ekspertyz, że marker ten nie spełnia, co najmniej wymogu grubości linii pisania 1 mm.*

Izba oddalając zarzut Lyreco stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 19 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2637/14, 2641/14, co następuje: *Co do zarzutu dotyczącego wymogu grubości linii pisania 1mm, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, wskazującego, że na grubość linii ma wpływ kilka czynników, w tym przede wszystkim siła nacisku. Dodatkowo, Zamawiający nie doprecyzował warunków badania grubości linii, jak i warunków długości pisania, zatem nie można wobec wykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji, w postaci odrzucenia oferty. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że Odwołujący Lyreco składając dowód dotyczący niezgodności markera z poz. 44 – oparł się wyłącznie na swoich przypuszczeniach – odnosząc się do jednego ze sposobów badania tych wymagań, które nie były przez Zamawiającego określone, tj. chociażby kąta nachylenia, prędkości pisania i obciążenia markera.*

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, jak na wstępie odwołania, a dodatkowo podniósł, co następuje.

W pierwszej kolejności potwierdził, że zaoferowany przez niego marker permanentny charakteryzuje się grubością linii pisania do 2 mm, czyli mieszczącą się w przedziale określonym przez Zamawiającego w SWZ, co oznacza, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty KBK jako niezgodnej z SWZ.

Po drugie stwierdził, że ponieważ zarówno marker Taurus, jak marker Leviatan charakteryzują się takim samym intensywnym zapachem wynikającym z użycia do rozcieńczenia tuszu alkoholu etylowego, wyklucza to możliwość, aby marker zaoferowany przez Lyreco mógł posiadać neutralny, niedrażniący zapach, co było podstawą przyznania tej ofercie dodatkowej punktacji w kryterium jakości.

Po trzecie, że uwzględniając poziom różnic punktowych pomiędzy ofertami, powyższe naruszenia mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż w razie przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego oraz oceny obu złożonych ofert w poz. 141. na 0 pkt



w zakresie zapachu to oferta KBK byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz zgłosił w złożonym piśmie procesowym wnioski dowodowe.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia {„OPZ”} i sformułowany opis kryterium jakościowego są wyrazem dbałości o jakość zamawianych produktów, które mają być użytkowane w zwykłych warunkach biurowych. Stąd Zamawiający przewidział badanie wybranych asortymentów, w tym markera permanentnego z pozycji 141, empirycznie przez członków komisji przetargowej w jednakowych dla wszystkich ofert warunkach co do cech wskazanych w OPZ i w ramach kryterium jakościowego (rozdz. XIII pkt 2. SWZ). Wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący i Przystępujący, którzy uprzednio już spotykali się z takim sposobem oceny, jak wynika ze spraw powoływanych przez Odwołującego, zaakceptowali taki sposób badania i oceny próbek. Ponadto przedmiotem badania mógł być tylko egzemplarz złożony jako próbka Zamawiającemu. Z uwagi na powyższe nie mają znaczenia dokumenty pochodzące od producenta, ani oświadczenia, ani nawet badania.

Zamawiający złożyli również w poczet materiału dowodowego dokument z badania grubości kreślenia przez komisję przetargową.

Zamawiający z ostrożności procesowej, spodziewając się argumentacji strony przeciwnej, zlecili przeprowadzenie badania na egzemplarzu, który został złożony mu jako próbka przez Odwołującego [na rozprawie złożono sprawozdanie z badań nr CBC – 024/2022 z 11.03.2022]. Zamawiający zwrócił uwagę, że wymagana grubość linii (tj. 1,8 mm) została osiągnięta wyłącznie przy obciążeniu markera wynoszącym 12,86 g, czyli odpowiadającemu masie samego markera bez skuwki, co należy uznać za warunki laboratoryjne, nieodpowiadające zwykłemu użyciu. Natomiast według Zamawiających takim warunkom odpowiadają wyniki opisane w kolejnej tabeli, gdzie przy obciążeniu wynoszącym

60 g, 100 g i 150 g, zarówno przy ustawieniu 90° jak i 60°, grubość linii wynosiła 3 mm, a przy największym obciążeniu nawet 3,4 mm. Sprawozdanie obejmuje załączniki z materiałami, na których przeprowadzono próby. W przekonaniu Zamawiających potwierdza to prawidłowość oceny komisji przetargowej, czyli że w zwykłych warunkach marker kreśli linie grubości 3 mm.

W kryterium jakości marker Odwołującego, jako niespełniający wymagań parametrów brzegowych, de facto nie był oceniany.

Ponieważ Zamawiający sam opisał, że oczekuje produktu na bazie alkoholu, zdaniem Zamawiających nieadekwatne są wnioskowane przez Odwołującego dowody co do składu chemicznego i właściwości markerów permanentnych, gdyż znaczenie ma tylko badanie przez członków komisji, które należy uznać za miarodajne, niezależnie od subiektywnego charakteru takiej oceny.

Jednocześnie Zamawiający wniesli o przeprowadzenie dowodu – zarówno co do grubości pisania markera Odwołującego, jak i zapachu markera zaoferowanego przez Przystępującego – przy użyciu próbek złożonych do badania przez komisję przetargową, które zostały złożone na rozprawie.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko Zamawiających.

Zdaniem Przystępującego kwestionowanie obecnie przez Odwołującego sposobu oceny określonego w SWZ – który nie był przez niego skarżony, a także jest mu znany z praktyki Zamawiających – jest spóźnione i nie ma znaczenia dla tej sprawy.

Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wydruku ze wskazanej w odwołaniu strony internetowej dotyczącej Taurus Trade na następujące okoliczności: 1) że na tej stronie nie widnieją żadne informacje dotyczące grubości pisania, mimo że dla pozostałych produktów ta grubość pisania jest wskazana; 2) że w opisie tego produktu wskazano na „charakterystyczny, intensywny zapach”. Zdaniem Przystępującego różnie wskazywana w odniesieniu do markera zaoferowanego przez Odwołującego grubość linii – tj. raz 1 mm, a kiedy indziej 1-2 mm – świadczy o tym, że sam producent nie wie, jaka grubość linii jest właściwa dla tego produktu.

Według Przystępującego za nieodpowiadające naturalnemu sposobowi pisania należy uznać przyjęcie kąta 90° w stosunku do zapisywanej powierzchni. Ponadto tylko sprawozdanie złożone przez Zamawiających zawiera załączniki wskazujące na przeprowadzenie badania na różnych powierzchniach.

Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z karty charakterystyki dotyczącej markera zaoferowanego przez Odwołującego, w zestawieniu z kartą charakterystyki złożoną

przez Odwołującego dla produktu marki Leviatan. Zwrócił uwagę, że jak wynika z sekcji 3 w obu dokumentach, skład nie jest identyczny, w szczególności o ile produkt Leviatana zawiera alkohol etylowy, o tyle produkt Taurusa zawiera związek określony jako 1-metoksypropan-2-ol, który jest pochodną etanolu. Już z tego może wynikać, że zapachy nie są identyczne. Zauważył, że karty charakterystyki nie obejmują pełnego składu, który może wpływać na końcowy efekt, gdyż ujmuje się w niej elementy podlegające identyfikacji z uwagi na to, że są niebezpieczne. Ponadto zwrócił uwagę na sekcję 9, z której wynika, że nie określa się progu zapachu (w obu przypadkach brak danych).

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż w razie uchylecia odrzucenia oferty KBK i jednocześnie obniżenia punktacji oferty Lyreco w kryterium jakości za niespełnianie parametru neutralnego, niedrażniącego zapachu markera permanentnego z poz. 141. Odwołujący mógłby liczyć na uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Powyżej za uzasadnieniem odwołania przywołano treść mających znaczenie dla sprawy postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”}, innych dokumentów zamówienia, ofert złożonych przez KBK i Lyreco oraz wyjaśnień treści oferty udzielonych przez KBK, więc po ustaleniu, że odpowiada ona rzeczywistemu stanowi rzeczy i nie jest sporna, wystarczające będzie następujące podsumowanie i uzupełnienie.

W poz. 141. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia [zawartego w załączniku nr 2 do SWZ] wyszczególniono marker permanentny na bazie alkoholu (w czterech wariantach piszących w kolorach odpowiednio: niebieskim, czarnym, czerwonym i zielonym), który obligatoryjnie miał cechować się m.in. grubością linii pisania w przedziale 1-2 mm.

Z kolei fakultatywnie zaoferowany marker mógł cechować się dodatkowo m.in. neutralnym, niedrażniącym zapachem, za co można było otrzymać jeden pkt w ramach jakościowego kryterium oceny ofert). Przy czym posiadanie przez zaoferowany przez danego wykonawcę marker (w formularzu cenowym oferty sporządzonym według wzoru z załącznika nr 2 do SWZ należało podać jego nazwę handlową, symbol lub model oraz producenta) tej pożądanej przez Zamawiających właściwości podlegało sprawdzeniu, na egzemplarzu złożonym wraz z ofertą jako przedmiotowy środek dowodowy w postaci próbki, przez komisję przetargową na zasadzie: spełnia 1 pkt, nie spełnia – 0 pkt (tzn. bez możliwości stopniowania oceny). Opis sposobu przeprowadzenia badania próbek pod kątem pożądanych cech jakościowych sprowadza się *de facto* do wskazania, że co najmniej trzech członków komisji przetargowej jako tzw. komisja oceniająca dokona tego na wspólnym posiedzeniu, z zapewnieniem jednakowych warunków dla wszystkich ocenianych ofert [patrz pkt 2. rozdziału XIII SWZ w zw. z opisem zamieszczonym dla poz. 141. w formularzu oceny próbek stanowiącym załącznik nr do SWZ].

Zamawiający zażądali bowiem dla kluczowych pozycji asortymentowych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez niego w opisie przedmiotu zamówienia wymagania lub cechy, a także wymagania w zakresie kryteriów oceny ofert, złożenia z ofertą próbki oferowanych produktów w przypadku poz. 141. jednego egzemplarza markera piszącego w kolorze czarnym. Przy czym Zamawiający zastrzegli, że owe próbki nie będą podlegać uzupełnieniu, a w przypadku niezłożenia którejkolwiek z wymaganych próbek, złożenia ich próbki w nieprawidłowej ilości lub złożenia próbki niespełniającej wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia, oferta będzie podlegać odrzuceniu [patrz pkt 2.1., 2.3. i 2.4. rozdziału IX SWZ].

KBK zaoferowało w poz. 141. marker o symbolu TMP-04c CZARNY marki Taurus Trade {dalej: „marker Taurus TMP-04c”, „marker Taurus” lub „marker TMP-04c”}, deklarując w szczególności, że cechuje się on grubością linii pisania 1 mm. Do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy załączony został egzemplarz tego produktu [patrz formularz cenowy oferty KBK i złożona wraz z dokumentami oferty próbka].

Trzy spośród czterech członkiń komisji przetargowej badających próbki oceniło, że marker Taurus cechuje się większą niż dopuszczona grubością linii pisania, w tym dwie osoby stwierdziły, że w przypadku badanego egzemplarza parametr ten wynosi 3 mm, ale jednocześnie komisja przetargowa *de facto* jednogłośnie oceniła, że marker TMP-04c nie jest produktem zgodnym z wymaganymi parametrami opisu przedmiotu zamówienia. Co prawda zgodnie z postanowieniem z pkt 1. rozdziału XIII SWZ według kryteriów oceny ofert miały zostać ocenione oferty, które nie zostały odrzucone (co dodatkowo znalazło

odzwierciedlenie w zamieszczonej we wzorze załącznika nr 9 do SWZ uwadze, że produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia nie podlega ocenie jakości), jednakże komisja przetargowa *de facto* oceniła jednogłośnie, że marker Taurus TMP-04c nie cechuje się neutralnym, niedrażniącym zapachem, bo „śmierdzi”, „brzydko pachnie” lub ma „intensywny, drażniący zapach” [patrz cztery wypełnione druki wg załącznika nr 9 do SWZ opatrzone datą 17 stycznia 2022 r.].

Lyreco zaoferowało w poz. 141. marker „D.RECT ML100 OKR” producenta Leviatan-Poligrafia sp. z o.o. {dalej: „marker D.rect ML100”, „marker ML100” lub „marker Leviatan”}. Do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy załączony został egzemplarz tego produktu [patrz formularz cenowy oferty Lyreco i złożona wraz z dokumentami oferty próbka].

Wszystkie członkinie komisji przetargowej badające próbki oceniły, że marker Leviatan cechuje się neutralnym, niedrażniącym zapachem i przyznały za to ofercie Lyreco jeden pkt w ramach kryterium jakościowego.

Badanie i ocena próbek zostały przeprowadzone przez komisję przetargową 17 stycznia 2022 r., a 27 stycznia 2022 r. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp wezwali KBK m.in. do „wyjaśnień w zakresie wskazania (...) grubości linii pisania zaoferowanych markerów” [pismem z 27 stycznia 2022 r. [patrz pkt III pisma Zamawiających z 27 stycznia 2022 r.].

W odpowiedzi KBK potwierdziło dla zaoferowanego markera Taurus sprecyzowaną w ofercie na 1 mm grubości linii pisania, powołując się dodatkowo na załączoną kartę charakterystyki sporządzoną przez Taurus Trade [patrz trzecie tiret w piśmie KBK z 31 stycznia 2022 r. oraz załączone do niego oświadczenie opatrzone datą 10 września 2021 r.]

Z uzasadnienia odrzucenia oferty KBK (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia) wynika, że podstawą faktyczną tej czynności było stwierdzenie przez komisję przetargową na podstawie badania próbki, że zadeklarowana w ofercie dla markera Taurus 1-mm grubość linii pisania faktycznie wynosi 3-mm [patrz pkt III pisma Zamawiających z 28 lutego 2022 r.].

Zamawiający co prawda złożyli na rozprawie arkusz A4 zawierający tabelę m.in. z liniami wykonanymi według opisu jej wierszy m.in. egzemplarzami markerów z ofert oznaczonych nr 1 i 2 jednakże z uwagi na brak podpisu, daty i jakiegokolwiek osadzenia w postanowieniach rozdziału IX lub XIII SWZ, nie sposób stwierdzić, kto (w tym ile osób), kiedy i w jakim celu kreślił te linie, co przekreśla jego walor dowodowy.

Natomiast z wykonanych na zlecenie Zamawiających po wniesieniu odwołania przez specjalistyczne laboratorium mechaniczne badań wynika, że przy odpowiednim (niewielkim)

nacisku i ustawieniu egzemplarza markera Taurus złożonego jako próbka na różnych powierzchniach papierowych kreśli on linie o grubości poniżej 2 mm, czyli mieszczącej się w przedziale wartości tego parametru wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia [patrz pkt 2.2. oraz załączniki 1.-4. Sprawozdania z badań nr CBC-024/2022 z 11 marca 2022 r.].

Co więcej, z wykonanych na zlecenie Odwołującego przez tę samą instytucję w analogiczny sposób badań wynika, że inny egzemplarz markera Taurus TMP-04c był w stanie kreślić linie o jeszcze mniejszej szerokości [patrz pkt 2.2. Sprawozdania z badań nr CBC-023/2022 z 11 marca 2022 r.].

Wobec braku określenia w SWZ aspektu technicznego sposobu badania próbek, w tym siły nacisku i kąta nachylenia markera względem zapisywanej powierzchni, szybkości pisania czy rodzaju tej powierzchni, za nieistotną należało uznać okoliczność, że przy większym nacisku egzemplarz markera próbki badany przez komisję przetargową również w badaniu laboratoryjnym kreślił linie o szerokości 3-3,40 mm. W szczególności za nieudowodnione, a wręcz przeczące zdrowemu rozsądkowi, elementarnej wiedzy i wskazaniom doświadczenia życiowego należało uznać twierdzenia Zamawiających i Przystępującego jakoby wyłącznie większy nacisk i kąt markera względem powierzchni odpowiadał zwykłemu użytkowi markera w warunkach biurowych, gdyż oczywiste jest, że to od osoby piszącej zależy, w jaki sposób trzyma i jak mocno przyciska do powierzchni marker. Równie oczywiste jest, że im mocniej ktoś przyciska marker do zapisywanej powierzchni i wolniej pisze, tym szerszą linię będzie kreślił.

Z kolei skoro w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczono określoną tolerancję parametru szerokości linii, tak długo, jak poszczególne egzemplarze markera Taurus TMP-04c kreślą linie mieszczące się w tym zakresie, nie ma znaczenia, ani rozrzut wynikający z porównania wyników badań wykonanych w analogicznych warunkach przez to samo laboratorium, ani fakt konsekwentnego deklarowania przez Taurus Trade, że ten model markera kreśli linię odpowiadającą dolnej granicy zakresu określonego przez Zamawiających w SWZ.

Niesporne było, że w dwóch poprzednich postępowaniach prowadzonych przez tych samych Zamawiających na identycznie opisany przynajmniej co do ocenianego w ramach kryterium jakości jako punktowany neutralnego, niedrażniącego zapachu marker zarówno KBK, jak i Lyreco zaoferowały marker Leviatan, który został tak samo jak w tym postępowaniu został oceniony przez Zamawiającego jako posiadający tę pożądaną przez niego cechę i dotychczas nie było to kwestionowane.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że forsowana przez Odwołującego z

powołaniem się na zacytowany w odwołaniu artykułu z bloga prowadzonego na wskazanej tam również stronie internetowej teza, jakoby markery permanentne na bazie alkoholu lub alkoholowego rozpuszczalnika *per se* cechowały się drażniącym zapachem, pomimo zgłoszenia licznych wniosków dowodowych, pozostała nieudowodniona.

Natomiast z porównania kart charakterystyk sporządzonych na podstawie art. 31 rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 (REACH) oraz zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 2015/830, z uwzględnieniem klasyfikacji produktów zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1272/2008 (CLP) dla markera Leviatan [edycja 1. wydana 2 stycznia 2018 r.] i markera Taurus [wersja 1. Sporządzona 12 marca 2022 r.], wynika, co następuje. O ile marker Lewiatan został sklasyfikowany jako niebezpieczny z uwagi na łatwopalną ciecz i pary, przy braku zidentyfikowania zagrożenia dla zdrowia i środowiska [patrz pkt 2.1.- 2.2.], o tyle marker Taurus dodatkowo został sklasyfikowany jako działający toksycznie na narządy docelowe (działanie narkotyczne), a nawet posiadający właściwości zaburzające funkcjonowanie układu hormonalnego [patrz pkt 2.1.- 2.3.]. Co więcej, marker Leviatan jest łatwopalny z uwagi na mieszaninę zawierającą etanol, natomiast marker Taurus jest zarówno łatwopalny, jak i toksyczny przez to, że oparty został na 1-metoksypropanie-2-ol, czyli innej substancji chemicznej [patrz oba pkt 2.2.]. Wreszcie okoliczność, że marker Lewiatan wydziela zapach charakterystyczny dla alkoholu etylowego [pkt 2.2.], nie oznacza, że jest to ten sam lub taki sam charakterystyczny zapach, jak w przypadku markera Taurusa [pkt 2.2.].

Tym bardziej powyższej tezy nie mogą potwierdzać karty charakterystyki dotyczące innych niż zaoferowane w poz. 141. markerów permanentnych lub wręcz innych przyborów do pisania, gdyż mogą one jedynie potwierdzać identyfikację zagrożeń właściwą dla zastosowanych w nich substancji chemicznych, a jedynym wspólnym mianownikiem jest ich łatwopalność [por. pkt 2.1.-2.2. pozostałych pięciu złożonych przez Odwołującego kart charakterystyki]. Co więcej, karta charakterystyki dla innego typu markera permanentnego Leviatana (D.RECT 21600), w którym, tak jak w markerze Taurus TMP-04c, zastosowano (m.in.) 1-metoksypropan-2-ol, potwierdza, że to właśnie ta konkretna substancja może wywoływać uczucia senności lub zawrotów głowy [patrz pkt 2.1.-2.2.].

Nieprzypadkowo zatem Odwołujący, choć wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego w sumie sześciu kart charakterystyk, w tym tej dotyczącej markera zaoferowanego przez Przystępującego oraz innego markera Leviatana-Poligrafii, innego markera Taurusa Trade, nie złożył takiego dokumentu dla markera Taurus TMP-04c, a uczynił to dopiero Przystępujący, który wniósł o porównanie treści dokumentów dotyczących markerów zaoferowanych w tym postępowaniu.

Abstrahując od znikomego waloru dowodowego oświadczeń właściciela Taurus Trade i właściciela innego producenta artykułów pozyskanych przez Odwołującego specjalnie na potrzeby tej sprawy, zdaniem tych osób specyfika markerów permanentnych opartych na alkoholach [rozumianych jako związki organiczne zawierające jedną lub więcej grup hydroksylowych połączonych z atomem węgla w hybrydyzacji  $sp^3$ ] polega na wydzielaniu mniej lub bardziej intensywnego zapachu, a nie na tym, że wyklucza to, że tego rodzaju markery nie mogą wydzielać zapachu, który jest neutralny i niedrażniący w odczuciu użytkownika.

Reasumując, żaden ze zgłoszonych przez Odwołującego dowodów nie potwierdza jego tezy, że *ze względu na używany rozpuszczalnik w postaci alkoholu etylowego tusz posiadają charakterystyczny zapach i jest to cecha uniwersalna tego rodzaju markerów co wyklucza możliwość aby marker permanentny posiadał „neutralny, niedrażniący zapach”*, która opiera się li tylko na nieuprawnionym utożsamieniu przez Odwołującego tej pożądanej cechy z bezwonnością. Odwołującemu udało się co najwyżej dowieść, że to zaoferowany przez niego marker Taurus ma zapach, który nie jest ani neutralny, ani niedrażniący.

Przede wszystkim ani KBK, ani Lyreco jako wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia nie zakwestionowali wynikającego z SWZ sposobu oceny ofert w kryterium jakości, który z racji uczestniczenia w poprzednich postępowaniach przeprowadzonych przez Zamawiających był im doskonale znany, podobnie jak fakt, że marker D.rect ML100, który dotychczas oferowali obaj wykonawcy, oceniany był przez komisję przetargową jako posiadający neutralny, niedrażniący zapach, co skutkowało przyznaniem punktacji obu ofertom.

Oczywiste jest, że przy tak określonym kryterium ocena ma charakter subiektywny, gdyż uzależniona jest od indywidualnych odczuć osób wchodzących w skład komisji przetargowej, czy dany zapach jest neutralny, niedrażniący, czy wręcz przeciwnie. Przedmiotem wiedzy notoryjnej jest okoliczność, że nawet w przypadku zapachów perfum, które z założenia mają wywoływać wyłącznie przyjemne odczucia, ten sam zapach może być dla niektórych osób drażniący.

Izba postanowiła dopuścić wnioskowany zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego dowód z eksperymentu na okoliczność prawidłowości oceny próbek złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego i Przystępującego w zakresie parametru ocenianego opisanego jako „produkt posiada neutralny, niedrażniący zapach”, w tym przychyliając się również do wniosku o zbadanie egzemplarzy przedstawionych



przez Odwołującego.

Eksperyment polegał na udostępnieniu wszystkim obecnym na sali pełnomocnikom zarówno egzemplarzy złożonych jako próbki, jak i egzemplarzy złożonych przez Odwołującego celem dokonania oceny wg powyżej zacytowanego kryterium, a także dokonania takiej oceny przez skład orzekający, przy czym ocena była dokonywana indywidualnie przez każdą osobę przez spisanie uwag na odrębnej kartce, po czym dopiero zebrano karty celem wpisania treści poniższych uwag do protokołu:

*Egzemplarze złożone jako próbki Zamawiającemu:*

*1. Taurus:*

- pełnomocnik Odwołującego: „intensywny; alkohol – mocny”;
- pełnomocniczka Odwołującego: „intensywny zapach alkoholowy”;
- pełnomocniczka Zamawiającego: „zapach drażniący, intensywny, mocno wyczuwalny alkohol, nie ma neutralnego zapachu”;
- pełnomocniczka Przystępującego: „zapach mocny i intensywny; jakby farba lub zapach porównywalny do tego na stacji benzynowej, w mojej ocenie zapach drażniący i silny”.
- przewodniczący składu orzekającego: „bardzo silny zapach, odrzucający”.

*2. Leviatan:*

- pełnomocnik Odwołującego: „mniej intensywny [strzałka na oryginale wskazuje na porównanie z egzemplarzem próbki Taurusa], wyraźny alkohol”;
- pełnomocniczka Odwołującego: „intensywny zapach alkoholowy”;
- pełnomocniczka Zamawiającego: „zapach niedrażniący, wyczuwalna nuta migdału”;
- pełnomocniczka Przystępującego: „zapach czuć, lekko migdałowy, nie czuję żeby był drażniący; nie jest odpychający; nie jest intensywny”.
- przewodniczący składu orzekającego: „zapach wyczuwalny, chemiczny, nie odrzuca”.

*Egzemplarze złożone przez Odwołującego na rozprawie:*

*1. Taurus:*

- pełnomocnik Odwołującego: „intensywny; alkohol”;
- pełnomocniczka Odwołującego: „intensywny zapach alkoholowy”;
- pełnomocniczka Zamawiającego: „zapach drażniący, intensywny, mocno wyczuwalny alkohol, nie ma neutralnego zapachu”;
- pełnomocniczka Przystępującego: „zapach mocny i intensywny; jakby farba lub zapach porównywalny do tego na stacji benzynowej, w mojej ocenie zapach drażniący i silny”.
- Przewodniczący składu orzekającego: „bardzo silny zapach, nieprzyjemny, ale nieco słabszy od próbki”.

*2. Leviatan:*

- pełnomocnik Odwołującego: „intensywny, mocny”;
- pełnomocniczka Odwołującego: „bardziej intensywny zapach alkoholowy niż próbka Zamawiającego”;
- pełnomocniczka Zamawiającego: „zapach niedrażniący, wyczuwalna nuta migdału”;
- pełnomocniczka Przystępującego: „zapach czuć, lekko migdałowy, nie czuję żeby był drażniący; nie jest odpychający; nie jest intensywny”.
- Przewodniczący składu orzekającego: „silny zapach, intensywniejszy od próbki Zamawiającego”.

Przeprowadzony eksperyment z jednej strony wykazał (abstrahując od jego ograniczonej mocy dowodowej z uwagi na oczywisty interes pełnomocników w dokonaniu oceny zbieżnej z zajmowanym stanowiskiem procesowym), że nawet ten sam zapach może wywoływać u jednych osób pozytywne, a u innych negatywne wrażenia zapachowe. Z drugiej strony potwierdził, że próbki złożone przez obu wykonawców mogły, a wręcz powinny, być odmiennie ocenione, gdyż znacząco różnią się intensywnością zapachu, który wyłącznie w przypadku markera Leviatana może być uznany za neutralny i niedrażniący jak na marker oparty na bazie alkoholu.

Odwołujący, który – jak to wynika ze sposobu sformułowania zarzutu i żądania odwołania – doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że marker Taurus TMP-04c ma drażniący zapach – najwyraźniej uznał, że utratę jednego punktu w kryterium jakości z nawiązką skompensuje mu wyższa ocena punktowa w kryterium cenowym, dzięki zaoferowaniu tańszego niż dotychczas oferowany marker D.rect ML100 produktu. Z porównania ofert złożonych w tym postępowaniu wynika bowiem, że niższa cena jednostkowa markera Taurus (3,20 zł) w stosunku do markera Leviatan (3,52 zł) przy łącznej liczbie zamawianych sztuk przełożyła się na niższą o 11.438,72 zł wycenę poz. 141. w ofercie KBK w stosunku do oferty Lyreco [por. poz. 141. formularzy cenowych z obu ofert].

Jak to sam wskazywał Odwołujący, dla uzyskania przez niego tego zamówienia konieczne jest nie tylko unieważnienie odrzucenia jego oferty, ale i unieważnienie wyboru oferty Lyreco i przyznanie jej 0 zamiast 1 pkt w kryterium jakości w odniesieniu do markera permanentnego z poz. 141. jako niespełniającego parametru dotyczącego neutralnego, niedrażniącego zapachu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że pomimo naruszenia przepisów objętych jednym z zarzutów, odwołanie podlega oddaleniu.

Art. 239 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Z kolei w art. 239 ust. 2 pzp najkorzystniejsza oferta została zdefiniowana jako oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Skoro z poczynionych powyżej ustaleń nie wynika, aby wybrana oferta nie została oceniona w kryterium jakościowym w sposób niezgodny z opisem zawartym w SWZ, najdalej idący zarzut odwołania okazał się bezzasadny.

Biorąc pod uwagę, że KBK jest wykonawcą, który brał już uprzednio udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym na analogicznych warunkach, zawarty w odwołaniu zarzut ocenienia markera Leviatana niezgodnie z tymi warunkami należy wręcz ocenić jako postawiony w złej wierze i zupełnie nieprzekonujący. Jeżeli Odwołujący rzeczywiście uważa, że żaden z markerów permanentnych na bazie alkoholu nie obiektywnie nie może mieć neutralnego, niedrażniącego zapachu, mógł i powinien zakwestionować takie kryterium oceny ofert jako *de facto* pozorne lub co najmniej nieweryfikowalne, czego nie uczynił. Nie może zatem oczekiwać, że z uwagi na jego koniunkturalny interes, wyłącznie z tego powodu, że obniżenie punktacji oferty konkurenta w kryterium, które obydwaj wykonawcy zaakceptowali jako wiążące również w tym postępowaniu, jest konieczne dla uzyskania przez Odwołującego tego zamówienia, taki zarzut zostanie uznany za zasadny.

Brak potwierdzenia się tego zarzutu w tej sprawie było konieczne a zarazem jest wystarczające dla oddalenia odwołania w całości. Z art. 554 ust. 1 pkt 1 pzp wynika bowiem, że Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów tej ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem sam Odwołujący podnosił, że wyłącznie w sytuacji uwzględnienia odwołania w całości może ulec zmianie wynik tego postępowania w postaci wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Tym niemniej Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszyli art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

O ile bowiem zakresem dyspozycji tej normy prawnej objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego na zasadzie art. 106 ust. 1 pzp i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp, przedmiotowych

środków dowodowych – o tyle w okolicznościach tej sprawy Zamawiający błędnie stwierdzili, że wypełniła się hipoteza tej normy prawnej, gdyż złożona przez Odwołującego wraz z ofertą próbka nie potwierdza spełniania jednego z parametrów opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający – jako strona postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 2631/14, w którym za bezzasadny został uznany zarzut Lyreco przeciwko ofercie KBK, że zaoferowany marker cechuje się większą niż wymagana szerokością kreślonej linii – najlepiej powinni wiedzieć, że na grubość linii ma wpływ kilka czynników, w tym przede wszystkim siła nacisku, kąt nachylenia czy prędkość pisania markera. Skoro w kolejnym prowadzonym przez siebie postępowaniu nie zdecydowali się na doprecyzowanie warunków badania grubości linii, nie mogą z tego wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, którego produkt przy określonej sile nacisku, kącie nachylenia czy prędkości pisania mieści się w granicach tolerancji parametru określonego jako przedział wielkości.

Jednakże w ramach podsumowania powtórzyć należy, że ponieważ powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiających, czyli wybór najkorzystniejszej oferty, który został dokonany prawidłowo, odwołanie podlega w całości oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiających w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie oraz kosztu ekspertyzy, na podstawie spisu kosztów i rachunków, które zostały złożone do zamknięcia rozprawy.