

**WYROK**  
**z dnia 22 czerwca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu

przy udziale wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu jako niezgodnej z warunkami zamówienia - w części, w jakiej zarzut dotyczył poz. 16 formularza cenowego (przekładki kartonowe) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 3 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu i:
- 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 4.2. zasądza od zamawiającego 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Toruniu na rzecz odwołującego Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na dostawę artykułów administracyjno-biurowych dla 12.WOG (nr ref. D/6/12WOG/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00153639/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 czerwca 2023 r. wykonawca Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Przystępujący”) w części 3 zamówienia, zaniechaniu odrzuceniu oferty Przystępującego z postępowania pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ (naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp), zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że wykonawca ten złożył w postępowaniu ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (naruszenie art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia i odrzucenie oferty Przystępującego.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, iż w świetle postanowień SWZ wypełniony i podpisany oraz złożony z ofertą Załącznik nr 3.3 Formularz cenowy stanowił treść oferty wykonawcy sensu stricto. Formularz cenowy zawierał identyfikację oferowanego asortymentu oraz ceny jednostkowe.

Odwołujący wskazał, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp w zakresie poz. 16. Przystępujący zaoferował przekładki kartonowe Esselte, które w ocenie Odwołującego nie są wzmocnione folią. Odwołujący wskazał na wymogi Zamawiającego odnoszące się do poz. 16 oraz na fakt, iż Przystępujący został w tym zakresie wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień. Zauważył, że załączona do wyjaśnień przez Przystępującego karta katalogowa zaoferowanego produktu

zawiera w szczególności informacje dotyczące rzekomego wzmocnienia folią. Tymczasem oficjalne i publicznie dostępne dane produktowe dystrybutora marki ESSELTE na Polskę ACCO BRANDS zaoferowanych przez Przystępującego przekładek, nie zawierają informacji na temat wzmocnienia folią bowiem produkt ten w rzeczywistości nie posiada takiej cechy. Odwołujący wskazał link do danych na stronie dystrybutora. Odwołujący zwrócił się dodatkowo bezpośrednio do dystrybutora o informacje czy zaoferowany model przekładki o indeksie 100202 posiada wzmocnienia folią zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w SWZ i uzyskał oryginalną kartę charakterystyki oraz oświadczenie wskazujące, że przekładki nie są wzmocnione folią ani nie posiadają indeksu wzmocnionej folią – załącznik do odwołania. Tym samym w ocenie Odwołującego zaoferowane przez Przystępującego przekładki są niezgodne z SWZ a oferta jest niezgodna z wymaganiami, podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższej podstawy prawnej odrzucenia oferty zdaniem Odwołującego zaistniała równolegle dodatkowa samodzielna podstawa jej odrzucenia – złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział zastosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp. Powyższe nie oznacza jednak przyzwolenia i braku możliwości sankcjonowania podawania przez wykonawcę w ofercie/wyjaśnieniach treści oferty parametrów oferowanego asortymentu w sposób wprowadzający w błąd. W ocenie Odwołującego ta okoliczność (nieprzewidzenia podstaw wykluczenia) stać się mogła przyczyną takiego podejścia Wykonawcy do przekazywanych Zamawiającemu informacji. Sam brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania w tym potwierdzają spełnienie wymagań granicznych OPZ. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nierzetelne informacje w celu uzyskania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, właśnie eliminowaniu takich sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, która zawsze jest stosowana, a nie tak jak w przypadku fakultatywnych przesłanek wykluczenia wtedy, gdy Zamawiający to przewidzi. Odwołujący podkreślił, iż przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, związana jest z samym faktem złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się w tym zakresie na

orzecznictwo Izby. Podniósł, iż zachowanie Przystępującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Wykonawca, który celowo, przekazuje Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością (mając do nich jawny i publiczny dostęp - katalog i strona internetowa producenta ESSELTE), dopuszcza się niewątpliwie działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami. Jego jedynym celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie w sposób nieuczciwy konkurencji. Odwołujący powołał się na orzecznictwo odnoszące się do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący podkreślił również, że mamy do czynienia z wykonawcą jako podmiotem profesjonalnym, wobec którego obowiązują podwyższone mierniki oceny staranności. W szczególności działania Wykonawcy stoją w rażącej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, będącą fundamentem systemu zamówień publicznych. Działanie Wykonawcy będące czynem nieuczciwej konkurencji ma wymierne negatywne skutki nie tylko dla wykonawców konkurujących z nim w postępowaniu, ale również dla Zamawiającego, który wybierając ofertę tego wykonawcy, musi ponieść dodatkowy koszt finansowy. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył orzecznictwo.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie poz. 31 co do gramatury zaoferowanej tektury. Odwołujący wskazał na wymóg, aby tektura miała gramaturę nie większą niż 738g/m<sup>2</sup>. Treść oferty wskazuje, że Wykonawca zaoferował tekturę o grubości 738 g/m<sup>2</sup> podczas gdy w rzeczywistości produkt ten posiada gramaturę niezgodną z SWZ tj. 850g/m<sup>2</sup>. Potwierdzają powyższe dane dostępne bezpośrednio na stronie internetowej dystrybutora zaoferowanej tektury Netuno - Netuno sp. z o.o. (Odwołujący wskazał link do strony internetowej). Odwołujący przekazał Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniami dane pochodzące z tej strony, z których jednoznacznie wynika, że gramatura tektury zaoferowanej według danych producenta wynosi 850 g/m<sup>2</sup>. Zamawiający w toku badania i oceny ofert, po otrzymaniu od Odwołującego ww. informacji w trybie art. 223 ust 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnień. Przystępujący złożył wyjaśnienia, załączając do nich kartę produktową dla oferowanej tektury z portalu Allegro. Karta zawiera w pozycji „stan” hiperłącze do aukcji portalu Allegro wskazanej przez Przystępującego w wyjaśnieniach. Odwołujący dokonał weryfikacji parametrów zaoferowanej tektury zwracając się bezpośrednio do wystawcy aukcji z portalu Allegro - dystrybutora oferowanej tektury Netuno. Przeprowadzona przez Odwołującego korespondencja z dystrybutorem Netuno potwierdza, że oferowana przez Partner w postępowaniu tektura posiada w rzeczywistości gramaturę niezgodną z SWZ tj. 850 g/m<sup>2</sup>. Jak wynika z korespondencji dane zawarte w powołanej aukcji były omyłkowe a zaoferowana tektura ma niezgodną z SWZ wyższą niż dopuszczona gramaturę (załącznik nr 2 do odwołania). W tej sytuacji zarówno informacje na temat gramatury tektury dostępne ze strony

jej dystrybutora jak i aukcji na platformie Allegro z której miał zamiar realizować zakup Parter, potwierdzają jednolicie, że mamy do czynienia z produktem posiadającym gramaturę niezgodną z SWZ, co obliguje do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, iż zaoferowane przez Przystępującego przekładki spełniają wymagania SWZ. Zamawiający przywołał wymagania dotyczące poz. 16 wskazując, iż OPZ sugeruje, że wzmocnienie folią dotyczy perforacji lub indeksu, tym bardziej, że żaden z wykonawców nie zadał pytania czy wzmocnienie ma dotyczyć całości powierzchni przekładki. Przekładki kartonowe Esselte zaoferowane przez Przystępującego posiadają element wzmocniony folią przy perforacji, wobec czego Zamawiający uznał, że produkt spełnia wymagania określone w OPZ.

W odniesieniu do poz. 31 Zamawiający wskazał, iż zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, w tym karta produktu.

Zamawiający dodał też, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, iż uznawał wykonawców za uczciwych, wiarygodnych, którzy w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości utraciłyby własny wizerunek, dobre imię i naruszyłyby zasady etyczne w przyszłych postępowaniach.

W dniu 19 czerwca 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie poz. 16 Przystępujący wskazał, iż zgodnie z ustawą Pzp oraz aktualnym orzecznictwem KIO Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Przystępujący jest spółką z 30-letnim doświadczeniem na rynku i dysponuje szeroką wiedzą na temat dostarczanego produktu, nabywamy produkty zarówno od producentów jak i dystrybutorów. Poszukując produkty spełniające wymagania SWZ korzysta zarówno z własnych zasobów magazynowych jak i innych firm zlokalizowanych na terenie naszego kraju lub Unii Europejskiej. Wobec jasnych wymagań Zamawiającego złożona oferta została przygotowana na przekładki z foliowym wzmocnieniem - czego potwierdzeniem jest użyty opis w kolumnie 2 oferty (opis jest czytelny i jednoznaczny oraz wyraźnie wskazuje na wzmocnienie foliowe) przez co Spółka wypełniła wymagania SWZ Jednocześnie przedstawiła Kartę Charakterystyki

produktu potwierdzającą wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego. Wykonawca otrzymał od swojego dostawcy jasną informację o posiadaniu przez nich w ofercie przekładek wzmocnionych folią - które zresztą Przystępujący już zamawiał na potrzeby innych zamówień publicznych. Przystępujący otrzymał próbki towaru, które posiadały wszelkie wymagane przez Zamawiającego cechy, wobec powyższego zdecydował się na ich nabycie - i które Przystępujący jest w stanie zaprezentować składowi orzekającemu na rozprawie. Przedstawienie, przez Odwołującego wydruków z Internetu oraz całkowicie wyrwanej z kontekstu korespondencji z pracownikiem firmy ACCO Poland - bez daty i podpisu osoby upoważnionej - nie mającej jakiegokolwiek związku z niniejszym postępowaniem i złożoną ofertą jest całkowicie bezprzedmiotowe, nie może służyć jako dowód na żadną okoliczność i jako takie winno zostać pominięte przy ocenie zgodności złożonej oferty z SWZ. Prezentowane przez Odwołującego twierdzenia i tezy orzeczeń KIO są jedynie próbą bezzasadnego zdyskredytowania wybranego Wykonawcy i nie może umknąć uwadze składu orzekającego stosowana przez Odwołującego strategia składania pism przeładowanych zbędną treścią. Zgłoszone jednak przez Odwołującego zarzuty, mimo ich obszerności, nie mają jednak racji bytu, z przyczyn wskazanych poniżej. W swoich pismach Odwołujący powinien dążyć do szybkiego wyjaśnienia kwestii istotnych a - spornych między stronami i nie dopuszczać do zaciemniania stanu faktycznego przez wprowadzenie do niego elementów nie mających nic wspólnego ze sprawą.

W odniesieniu do poz. 31 Przystępujący wskazał, iż zaoferował produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego tzn. tekturę okładkową AI (610x860mm) kolor szary o gramaturze 738 g/m<sup>2</sup> i grubości 1,2mm. Jest to produkt standardowo występujący w obrocie i powszechnie dostępny występująca w ofercie dystrybutorów zarówno w Polsce jak i za granicą m.in. w firmach ZING, KAKADO Amazon, Allegro. Wskazał, że parametry grubości i gramatury są ze sobą nierozzerwalnie związane co prezentuje m.in. otrzymana przez Przystępującego tabela z firmy ZING (dowód: oferty na tekturę introligatorską od innych dystrybutorów, tabela gramatur od firmy ZING). Dla opisanie produktu - którego wymagał Zamawiający przystępujący użył odnośnika do strony uznanej na rynku firmy Netuno - jako jednego z dostępnych dystrybutorów, którego towary ma swoim asortymencie Przystępujący. Ów produkt jest bardzo powszechny i występuje u wielu dystrybutorów - m.in. ZING, KAKADO NETUNO. Przystępujący wskazał, iż jest Spółką, która w miesięcznym obrocie osiąga przychody ok. 2,8 mln złotych i posiada obecnie ok. 20 000 aktywnych indeksów produktów na stanie magazynowym - w tym także tekturę okładkową AI (610x860mm) kolor szaty o gramaturze 738 g/m<sup>2</sup> i grubości 1,2mm. (dowód: wydruk wartości stanu magazynowego na dzień 31 grudnia 2023 roku, rachunek zysków i strat Przystępującego za rok 2022). Dlatego dalsze rozważania na temat są całkowicie bezprzedmiotowe, bo Wykonawca dysponuje

wskazanym w ofercie towarem na swoim stanie magazynowym i jest w stanie zrealizować dostawę z własnych zasobów. Jest to towar zupełnie standardowy będący w stałej rotacji u Przystępującego, który to towar Przystępujący nabywał u różnych dystrybutorów - w tym także w firmie NETUNO bez większych problemów. Wartość dostawy 202 arkuszy towaru przewidzianych zamówienie to koszt zaledwie ok. 600 zł, co stanowi zaledwie 0.27% wartości zamówienia i wyłącznie 0,12 promila wartości posiadanych przez Przystępującego stanów magazynowych, które na dzień 31 grudnia 2022 roku wynosiły 5 132.119,97 zł. Firma Netuno w swojej ofercie do początku czerwca 2023 roku posiadała tekturę okładkową o gramaturze 738 g/m<sup>2</sup> i grubości 1,2 mm - co potwierdzają zrzuty ekranu ze strony sklepu utworzone dnia 7 czerwca 2023 roku. Ponadto, do dziś firma Netuno oferuje powyższy towar na wielu aukcjach np. allegro oraz amazon oraz wcześniejszych prezentacjach produktu w innych formatach. Wewnętrzne korespondencje mailowe pomiędzy nieznanymi pracownikami Odwołującego a szeregowymi pracownikami spółki Netuno nie odnoszą się do w żadnym stopniu do przedmiotowego postępowania i stanowią wyrwane z kontekstu zapytania. Dodatkowo zawierają całkowicie nieprawdziwe informacje o posiadaniu przez spółkę jedynie gramatury 850 - podczas gdy sama strona internetowa i sklep zawierają wszystkie rodzaje gramatur (dowód: zrzut strony [www.netuno.pl](http://www.netuno.pl) z dnia 7 czerwca 2023 roku, oferty firmy Netuno z serwisu amazon). Zapytanie Odwołującego skierowane do spółki Netuno jest zbyt ogólne i nie jest zapytaniem czy dany dystrybutor na potrzeby konkretnej realizacji posiada na stanie wymaganą ilość produktu. Doprecyzowanie powyższego jest kwestią o tyle istotną, że każda firma dystrybutorska może rezerwować stany pod realizację kontraktu - w tym celu blokuje się na przykład cały zasób. Dodatkowo - w korespondencji mailowej prezentowanej przez Odwołującego oraz przedłożonej wraz z niniejszym pismem korespondencji z Przystępującym firma Netuno nie zaprzeczyła, że jest w dostarczyć wskazany produkt. Co więcej - w korespondencji mailowej z dnia 7 czerwca 2023 roku wręcz potwierdziła, że jest w stanie dostarczyć produkt zgodny z zamówieniem - wobec czego wszelkie twierdzenia Odwołującego pozostają bezprzedmiotowe (dowód: korespondencja z dnia 7 czerwca 2023 roku).

Przystępujący wyjaśnił dodatkowo, iż współpracuje z Zamawiającym przy realizacji różnego rodzaju zamówień od dłuższego czasu. Zamawiający w sposób skrupulatny i bardzo formalny sprawdza każdą otrzymaną w ramach zamówienia partię towaru. W projektowanych postanowieniach umowy znalazły się zapisy m.in. o tym, iż dostarczony asortyment, niespełniający wszystkich parametrów określonych w umowie zostanie wykreślony z dokumentu dostawy, a tym samym nie zostanie on przyjęty do magazynu. Tym samym Przystępujący ma świadomość, iż nie mógł oferować towaru niespełniającego wymagań, pod rygorem ponoszenia konsekwencji przewidzianych umową.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba w oparciu o art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który to zarzut został wycofany przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 20 czerwca 2023 r. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w części 3 zamówienia i który w drodze odwołania dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia tej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z następujących dokumentów złożonych przez Odwołującego na okoliczność niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w poz. 16 i 31 formularza cenowego:

- wydruk korespondencji e-mail z pracownikiem ACCO Brands EMEA wraz z oświadczeniem oraz kartą produktu Przekładki Esselte kod 100202;
- wydruk korespondencji e-mail z pracownikiem portalu netuno.pl;
- wydruki korespondencji e-mail z firmami oferującymi produkty na portalu Allegro (Kopim\_pl, Biuronimo, SklepW.) wraz z wydrukami ofert ww. podmiotów na Przekładki Esselte kod 100202;
- oświadczenie Członka Zarządu Esselte Polska Sp. z o.o. (Dyrektora Sprzedaży) z dnia 19 czerwca 2023 r.;
- oświadczenie pracownika ACCO Brands EMEA (załączone uprzednio do odwołania);
- wydruk asortymentu (tektury introligatorskie) ze strony internetowej netuno.pl.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu zawierającego fotografie produktu Przekładki Esselte kod 100202 załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na okoliczność braku niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w poz. 16 formularza cenowego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z następujących dokumentów złożonych przez Przystępującego na okoliczność braku niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w poz. 16 i 31 formularza cenowego:

- wydruk korespondencji e-mail z pracownikiem firmy Kakado Sp. z o.o.;
- wydruk karty produktu „tektura introligatorska” ze strony internetowej kakado.pl;
- wydruk karty produktu „Eskaboard” ze strony internetowej firmy Antalis;
- wydruk karty produktu „Tektura 3.00MM” ze strony internetowej firmy Kalta;
- wydruk karty produktu „Liteboard” firmy ZIGN S.A.;
- rachunek zysków i strat za okres 01.01.2022- 31.12.2022, bilans na dzień 31.12.2022 r. oraz stan magazynowy na dzień 31.12.2022 (dot. przedsiębiorstwa Przystępującego);
- wydruk ze strony internetowej netuno.pl z 7.06.2023 r.; (z danymi systemowymi dot. pliku);
- wydruk z wyników wyszukiwarki Google dotyczących tektury introligatorskiej Netuno 738g;
- wydruk ze strony internetowej netuno.pl (z danymi systemowymi dot. pliku);
- wydruk ze strony internetowej netuno.pl dot. materiałów introligatorskich i specjalnych;
- wydruk z portalu Amazon dot. kartonu introligatorskiego Netuno 1,2 mm, 738g;
- wydruk korespondencji e-mail z pracownikiem portalu netuno.pl z 7.06.2023 r.

Izba ponadto przeprowadziła na rozprawie dowód z oględzin produktu Przekładki Esselte z kolorowego kartonu, A4, kod. produktu 100202, złożonego przez Odwołującego, zapakowanego w folię, zamkniętego – stwierdzając brak widocznych na przekładkach wzmocnień folią oraz dowód z oględzin produktu o tożsamym jak wyżej oznaczeniu złożonego przez Przystępującego, zapakowanego w folię, zamkniętego – stwierdzając widoczne na przekładkach (z tyłu) wzmocnienia folią w miejscu perforacji.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów załączonych do pisma procesowego Przystępującego, które zostały przedstawione wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia („Luxline Grey EBB Paper” i karty produktu firmy RIK). Zgodnie z art.506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. W ust. 2 zdanie pierwsze tego przepisu wskazano zaś, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Mając powyższe na względzie, brak przedstawienia przez Przystępującego tłumaczenia dokumentów złożonych w języku obcym skutkuje odmową przeprowadzenia dowodu z tych dokumentów.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa artykułów administracyjno – biurowych dla 12 WOG. Zamówienie podzielono na 3 części. Część 3 obejmowała dostawę akcesoriów biurowych. Wymogi oraz szczegółowy opis zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do OPZ. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ oraz formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3.3. do SWZ zawierający zestawienie składników kalkulacyjnych.

Zamawiający w OPZ w następujący sposób opisał poz. 16: „Przekładki kartonowe w formacie A4 oddzielające do segregatorów, sztywne, kolorowe (dopuszczalne białe) oraz z perforacją i wzmocnione folią lub posiadające kolorowy indeks wzmocniony folią. Gramatura: 160- 170 g/m<sup>2</sup>. Opakowanie po 12 przekładek” (opis uwzględniający modyfikacje dokonane w odpowiedzi na pytanie wykonawcy). Przedmiotem dostawy objęto 43 sztuki. Z kolei poz. 31 opisana została następująco: „Tektura okładkowa w formacie A1 (610 x 860 mm) kolor szary o gramaturze nie większej niż 738g/m<sup>2</sup> i grubości 1,2 mm.” Przedmiotem dostawy objęto 202 sztuki. Zamawiający wymagał wskazania w formularzu cenowym danych dotyczących nazwy handlowej oferowanego produktu, nazwy producenta, oznaczenia oferowanego produktu (typ, kod produktu, model lub nr katalogowy) oraz ceny jednostkowej netto.

W postępowaniu w zakresie części 3 wpłynęło 5 ofert, w tym Odwołującego z ceną 98 295,09 zł i Przystępującego z ceną 93 769,79 zł.

Przystępujący w poz. 16 Formularza cenowego (część 3) zaoferował Przekładki Esselte 100202 12 kart, producent Esselte, kod produktu 100202, a w poz. 31 Tekturę A1 okładkową 738g/m<sup>2</sup> 1,2MM0, producent Netuno, oznaczenie LX1,2/10.

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2023 r., w toku badania i oceny ofert, wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty. W zakresie części 3 zamówienia wezwanie dotyczyło m.in. poz. 16 (Zamawiający wskazał na wymóg wynikający z OPZ oraz fakt, że Przystępujący zaoferował przekładki producenta Esselte 100202, które nie są wzmocnione folią. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień i przesłania karty katalogowej produktu) oraz poz. 31 (Zamawiający wskazał na wymóg wynikający z OPZ oraz fakt, że Przystępujący zaoferował tekturę introligatorską o gramaturze 850g. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień oraz karty katalogowej produktu).

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 19 maja 2023 r. w odniesieniu do poz. 16 wskazał, iż przesyła kartę katalogową zaoferowanych przekładek kartonowych A4, a wyceniony towar jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

W załączonej karcie katalogowej w opisie cech produktu wskazano „przekładki wzmocnione folią”. W zakresie poz. 31 Przystępujący wskazał, iż wycenił produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego tzn. tekturę okładkową A1 (610x860mm) kolor szary o gramaturze 738g/m<sup>2</sup> i grubości 1,2mm. Przystępujący wskazał, iż przy wycenie skorzystał z oferty firmy Netuno Sp. z o.o., która wystawiła taki produkt w sprzedaży na platformie Allegro (Przystępujący wskazał na link do właściwej strony internetowej). Oświadczył, iż wskazany produkt posiada gramaturę 738 g/m<sup>2</sup> a nie 850 g/m<sup>2</sup>, jak wskazał w wezwaniu Zamawiający. Przystępujący przesłał wydruk ze strony aukcji z danymi produktu, gdzie wskazano gramaturę 738 g/m<sup>2</sup>.

Zamawiający w dniu 31 maja 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie poz. 16 formularza cenowego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że Zamawiający w poz. 16 wymagał, aby oferowane przekładki kartonowe w formacie A4 oddzielające do segregatorów były wzmocnione folią lub posiadały kolorowy indeks wzmocniony folią. Ponadto bezsporne było, że Przystępujący zaoferował Przekładki kartonowe Esselte o oznaczeniu 100202. Osią sporu pomiędzy Stronami i Uczestnikiem było to, czy zaoferowane przez Przystępującego przekładki były wzmocnione folią (lub posiadały kolorowy indeks wzmocniony folią) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy daje podstawy do uznania, że zaoferowany przez Przystępującego produkt Przekładki kartonowe Esselte, w jego standardowej wersji, o kodzie 100202, tego rodzaju wzmocnienia nie posiada.

Na powyższą okoliczność wskazuje szereg dowodów złożonych w postępowaniu przez Odwołującego, w tym pochodząca z powszechnie dostępnych źródeł (Internet) karta produktu dostępna na stronie dystrybutora produktów Esselte na Polskę - ACCO Brands Esselte Polska Sp. z o.o. - [www.esselte.com](http://www.esselte.com), w której - w przeciwieństwie do karty produktu złożonej przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami - nie ma informacji o wzmocnieniu przekładek folią. Ponadto za istotny i potwierdzający brak posiadania przez produkt Przekładki Esselte z kolorowego kartonu o oznaczeniu 100202 jakichkolwiek wzmocnień folią, Izba uznała dowód z dokumentu w postaci oświadczenia Członka Zarządu Esselte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach z dnia 19 czerwca 2023 r., w którym wskazano, iż *„Wzmiankowany produkt jest całkowicie wykonany z kartonu pochodzącego z recydingu, co potwierdza certyfikat ekologiczny Blue Angel. Produkt ten nie posiada żadnych elementów z folii, a w szczególności foliowych wzmocnień. Również w przeszłości nie występowała wersja produktu z foliowymi wzmocnieniami i nie dokonywaliśmy w tym zakresie modyfikacji karty produktu.”* Na brak wzmocnienia Przekładek Esselte z kolorowego kartonu o oznaczeniu 100202 folią wskazują również inne przedstawione przez Odwołującego dowody, takie jak oświadczenie pracownika ACCO Brands Esselte Polska Sp. z o.o. (dystrybutora marki Esselte na Polskę) oraz wydruki korespondencji mailowych z firmami sprzedającymi produkty Esselte na portalu Allegro (Kopim\_pl, Biuronimo, SklepWysocki) i załączone do nich opisy oferowanych przez te podmioty Przekładek Esselte kod 100202. Wszystkie powyższe dowody Izba uznała za wiarygodne i przekonujące. Przedstawiona przez Odwołującego próbka ww. produktu korelowała z opisem produktu wynikającym z powyżej omówionych dokumentów.

Analizując całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała twierdzenia i dowody przedstawione przez Przystępującego za niewiarygodne. Przystępujący do wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia załączył jedynie kartę produktu Przekładki Esselte z kolorowego kartonu o oznaczeniu 100202, której treść (zawierająca informację o wzmocnieniu produktu folią) nie broni się w zestawieniu z dowodami przeciwnymi złożonymi przez Odwołującego, w tym przede wszystkim z kartą produktu, którą posługują się w powszechnym obrocie dystrybutor i sprzedawcy i która jest dostępna w sieci internetowej. Karta produktu przedstawiona przez Przystępującego pozostaje także w sprzeczności z oświadczeniem Członka Zarządu Esselte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach, dokumentem posiadającym w ocenie Izby znaczną moc dowodową jako pochodzącym bezpośrednio od przedstawiciela firmy Esselte. Poza kartą produktu Przystępujący nie przedstawił żadnych znaczących dowodów, które wykazywałyby, że na

rynku funkcjonuje produkt Przekładki Esselte z kolorowego kartonu o oznaczeniu 100202 wzmocniony folią, mimo iż powszechnie dostępne źródła informacji świadczą o okoliczności przeciwnej. W ocenie Izby nie stanowią dostatecznych dowodów załączony do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wydruk fotografii produktu wzmocnionego folią oraz złożona przez Przystępującego próbka produktu, posiadająca wzmocnienia w miejscu perforacji przekładek, jako że pochodzenie tych produktów nie zostało ujawnione. Zauważyć przy tym należy, iż Przystępujący w sposób wyłącznie hasłowy powołał się na korzystanie zarówno z zasobów magazynowych własnych, jak i innych firm zlokalizowanych na terenie Polski i Unii Europejskiej oraz na okoliczność, iż próbki produktu otrzymał od swojego dostawcy. Przystępujący nie ujawnił kanału dystrybucji, z którego korzysta, nie złożył także żadnych dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, że produkty marki Esselte ze wzmocnieniem są lub w przeszłości były możliwe do nabycia na rynku krajowym lub zagranicznym i które pozwalałyby uznać, że pomimo, iż w świetle dowodów prezentowanych przez Odwołującego dostępne na rynku Przekładki Esselte o kodzie 100202 nie posiadają wzmocnienia folią, to Przystępujący może dostarczyć oryginalny produkt o tej samej nazwie i kodzie, jak produkt, który zaoferował, a o innych cechach (posiadający wzmocnienie folią). Wskazać przy tym należy, iż Przystępujący powołał się w formularzu cenowym na uniwersalne oznaczenie, które nie wskazuje na kustomizację produktu (tj. na dostosowanie standardowego produktu do wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia). Z oświadczenia Członka Zarządu Esselte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach z dnia 19 czerwca 2023 r. wynika zaś, że Przystępujący nie zwracał się do firmy Esselte o zmodyfikowanie produktu na życzenie. Nawet jeśli modyfikacja taka jest możliwa, to Przystępujący na powyższe się nie powołał i tego nie dowiódł. Przystępujący jedynie wskazał, że otrzymał stosowne zapewnienie i próbki od dostawcy, co jednak nie jest możliwe do zweryfikowania z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał zasadność postawionego zarzutu, wobec czego uwzględniła odwołanie w wyżej opisanej części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 3 zamówienia, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia odnoszącymi się do poz. 16 formularza cenowego.

W pozostałym zakresie, tj. dotyczącym zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w odniesieniu do poz. 31 formularza cenowego, Izba oddaliła odwołanie.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie udowodnił, aby pomiędzy ofertą Przystępującego a wymaganiami Zamawiającego co do gramatury zamawianej tektury introligatorskiej opisanej w poz. 31 formularza cenowego, zachodziła niezgodność.

Odwołujący podnosił, iż w świetle aktualnych informacji dostępnych na stronie [www.netuno.pl](http://www.netuno.pl), produkt zaoferowany przez Przystępującego - Tektura A1 okładkowa 738g/m<sup>2</sup> 1,2MM0, Netuno, oznaczenie LX1,2/10, nie posiada w rzeczywistości wymaganej gramatury (738g/m<sup>2</sup>), lecz 850 g/m<sup>2</sup>. Dowodami przedstawionymi przez Odwołującego na powyższą okoliczność był wydruk asortymentu (tektury introligatorskie) ze strony internetowej [netuno.pl](http://netuno.pl) oraz wydruk korespondencji mailowej z przedstawicielem portalu [netuno.pl](http://netuno.pl). Dowody te w istocie potwierdzają, że obecnie na stronie firmy Netuno brak jest w standardowej ofercie tektur introligatorskich o gramaturze 738g/m<sup>2</sup>. Niemniej dowody złożone przez Przystępującego wykazują, iż tektury o ww. gramaturze były wcześniej dostępne w ofercie firmy Netuno i Przystępujący jest w stanie pozyskać od tej firmy tekturę o gramaturze wymaganej przez Zamawiającego. Przystępujący przedstawił zrzut ekranu ze strony [www.netuno.pl](http://www.netuno.pl), potwierdzający, że jeszcze w dniu 7 czerwca 2023 r. w ofercie dostępnej na tej stronie widniały tektury introligatorskie o gramaturze 738g/m<sup>2</sup>. Przystępujący złożył także wydruk korespondencji mailowej potwierdzającej, że jest w stanie uzyskać od firmy Netuno tekturę o wymaganej przez Zamawiającego gramaturze. Odwołujący nie przedstawił ani twierdzeń, ani dowodów, które przeczyłyby takiemu stanowi rzeczy. Mając na uwadze, iż postępowanie odwoławcze ma *stricte* kontradyktoryjny charakter, Izba stwierdziła, iż w tym zakresie Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, jaki w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, na nim spoczywał.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedstawione przez Przystępującego dowody w postaci korespondencji z pracownikiem firmy Kakado Sp. z o.o. i wydruków kart produktu (tektur introligatorskich) ze strony internetowej [kakado.pl](http://kakado.pl), ze strony internetowej firmy Antalis, ze strony internetowej firmy Kalta oraz wydruku karty produktu „Liteboard” firmy ZIGN S.A. Przystępujący w formularzu cenowym zidentyfikował oferowaną tekturę jako konkretną tekturę pochodzącą od firmy Netuno.pl, zatem sam fakt, że inne podmioty oferują tektury różnych producentów nie wpływa na ocenę czy zaoferowany produkt jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Irrelevantne są także dokumenty dotyczące funkcjonowania przedsiębiorstwa Przystępującego - rachunek zysków i strat za okres 01.01.2022- 31.12.2022, bilans na dzień 31.12.2022 r. oraz stan magazynowy na dzień 31.12.2022. Doświadczenie i płynność finansowa Przystępującego nie była kwestionowana, przedstawiony zaś stan magazynowy nie zawiera informacji o konkretnych produktach posiadanych przez Przystępującego w magazynie i ich charakterystyce.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 5 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Izba pomimo uwzględnienia odwołania w części, odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania w sposób wskazany w § 7 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, kierując się wagą, jaką uwzględniony zarzut miał dla rozstrzygnięcia. Pomimo, iż zarzuty odwołania dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia potwierdziły się tylko w jednym z dwóch podniesionych w odwołaniu aspektów, tj. w odniesieniu do poz. 16 formularza cenowego, to postępowanie odwoławcze wykazało, że niezgodność ta faktycznie zachodzi. W efekcie dla rozstrzygnięcia odwołania nie miało znaczenia to, że niezgodności tej nie stwierdzono w odniesieniu do poz. 31 formularza cenowego, ponieważ skutek częściowego uwzględnienia odwołania był taki sam, jaki byłby przy jego uwzględnieniu w całości – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym w ocenie Izby stosunkowy podział kosztów postępowania nie byłby w tym wypadku uzasadniony.

**Przewodniczący:** .....