

WYROK
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** (ul. Księdza Hugona Kołłątaja 4, 05-092 Łomianki) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Katowicach** (Al. Korfantego 117/119, 40-156 Katowice)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Pro Office Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** (Al. Korfantego 179b, 40-153 Katowice) oraz **Zeta Pro Office Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie** (ul. Niedźwiedziniec 10, 41-506 Chorzów) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od odwołującego **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** na rzecz zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w Katowicach** kwotę **3 900 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Sąd Apelacyjny w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: „Sukcesywne dostawy materiałów biurowych dla sądów powszechnych apelacji katowickiej.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 września 2017 r. pod numerem 2017/S 171-350095 (sprostowania: 13 września 2017 r., Dz. Urz. UE nr 2017/S 175-358413, 16 września 2017 r., Dz. Urz. UE nr 2017/S 178-354439). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 11 grudnia 2017 r. wykonawca Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami Ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Części 2 postępowania - „Różny sprzęt i artykuły biurowe.”

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: Pro Office Sp. z o.o. i Zeta Pro Office S.A. oraz wybrania jej w dniu 01 grudnia 2017 r. jako najkorzystniejszej pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w zakresie kryteriów oceny ofert niezgodnie z opisem kryteriów określonym w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do zaniżenia przyznanej punktacji (w zakresie szczegółowo przedstawionym w uzasadnieniu odwołania), a w konsekwencji do zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, podczas gdy ofertą najkorzystniejszą

powinna być oferta Odwołującego.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 01 grudnia 2017 r.,
- 2) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia Konsorcjum: Pro Office Sp. z o.o. i Zeta Pro Office S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, a także odrzucenie oferty złożonej przez tego Wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a tym samym unieważnienie czynności oceny jego oferty dokonanej w ramach kryteriów oceny ofert,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z treścią SIWZ, która powinna zostać odrzucona oraz nie wykluczono tego wykonawcy na ww. podstawie. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w postaci utraconych korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę, która zostałaby najwyżej oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie naruszenia popełnione przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż jego oferta jest w części 2 zamówienia, której dotyczy odwołanie, druga w rankingu oceny ofert w świetle informacji zawartej w zawiadomieniu z 01.12.2017 r., z tym że oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona, a Wykonawca wykluczony.

Odwołujący nie zgodził się z dokonaniem przez Zamawiającego wyborem oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał, aby złożona oferta zawierała Formularz cenowy (załącznik 2.2. do SIWZ - dla części 2), a ponadto w rozdziale VIII.8.1 SIWZ w zw. z pkt VIII.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona będzie miał obowiązek przedłożenia następujących dokumentów: kart katalogowych lub oświadczenia producenta lub oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta lub oświadczenia generalnego dystrybutora lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań wskazanych w każdej pozycji asortymentowej w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr

2.2 do SIWZ (w przypadku części 2). Ponadto w odniesieniu do wybranych pozycji zamawiający wymagał dodatkowo załączenia próbek (pkt VIII.2.2 SIWZ). Odwołujący wskazał także, że Zamawiający wymagał w załączniku 2.2 do SIWZ, aby Wykonawcy podali w formularzu cenowym dane oferowanego artykułu tj. nazwa handlowa (kolumna 7), symbol lub model producenta/importera/dystrybutora (kolumna 8) oraz producent/importer/dystrybutor (kolumna 9). Wynika z tego, że Formularz cenowy został przewidziany w przedmiotowym postępowaniu jako podstawowy element mechanizmu służącego zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego - na podstawie informacji o oferowanym przedmiocie, zawartych w tym Formularzu, a także ww. dokumentów miało nastąpić badanie oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W ocenie Odwołującego przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu praktyka, polegająca na samodzielnym poszukiwaniu materiałów w asortymencie danego producenta i analizie, czy i który produkt może odpowiadać charakterystyce materiału (podanej przez Zamawiającego „na sztywno” w Formularzu asortymentowo - cenowym), obarczona jest ryzykiem niemiernodajnej oceny i błędnej identyfikacji takich materiałów. Do takiej sytuacji, w ocenie Odwołującego, właśnie doszło w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem to rzeczą wykonawcy była konkretyzacja oferowanego artykułu w Formularzu cenowym, zaś Zamawiający ma ograniczoną rolę w rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy w tym przedmiocie. Odczytanie tego oświadczenia woli powinno odbyć się w oparciu przede wszystkim o treść oferty tj. w tym postępowaniu - formularza cenowego. W warunkach, kiedy w ofercie wykonawcy zostaje podana np. nazwa oferowanego artykułu, jego symbol/model, staje się on treścią oferty, a stwierdzona na tej podstawie okoliczność niezgodności oferty z treścią SIWZ, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do oferty wybranego wykonawcy, nie może zostać w ocenie Odwołującego naprawiona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu ofert, a także ewentualnie na podstawie tzw. dokumentów przedmiotowych, prowadziłoby to bowiem do niedozwolonej zmiany treści oferty. Pomimo tego, że każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu - ofertę wykonawcy należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a konsekwentnie - zamiaru złożenia oferty zgodnej z SIWZ, to kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu, w oparciu o dane zawarte w ofercie (Formularzu cenowym).

Odwołujący wskazał, iż przepisy Ustawy Pzp przewidują instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ. Podkreślenia bowiem

wymaga, że w postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego, zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli, w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel oświadczenia. Istotne elementy - to jest skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny jednak w ofercie się znaleźć, w innej sytuacji nie sposób bowiem ustalić treści tego oświadczenia bez jego zmiany już po terminie składania ofert. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp przewiduje, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty - w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp). Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Podobnie jak dokumenty przedmiotowe, które mają potwierdzać „prawdziwość” danych, ale - co warto podkreślić - zawartych już w ofercie. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli, a nie wtedy gdy przykładowo wprost wskazuje na niezgodność z treścią SIWZ lub wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tak jak ma to miejsce w kwestionowanej ofercie wykonawcy.

Odwołujący podkreślił także, że zastosowanie procedury odwróconej (art. 24aa Ustawy Pzp) przez Zamawiającego nakłada na wykonawcę obowiązek szczególnej staranności przy przygotowaniu oferty. Po złożeniu oferty jej zmiana lub poprawa za wyjątkami wynikającymi z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest bowiem niedopuszczalna. Niezgodność z treścią SIWZ oferty wybranego wykonawcy nie podlega sanowaniu na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp ani też na innej podstawie prawnej przewidzianej w Ustawie Pzp (np. za pomocą dokumentów przedmiotowych), gdyż prowadziłoby do niedozwolonej zmiany (uzupełnienia) treści oferty po terminie składania ofert. Skutkiem naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów jest także naruszenie przez niego ogólnej zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp).

Odnosnie szczegółowych zarzutów, do których ma zastosowanie argumentacja przywołana

powyżej, Odwołujący podniósł, co następuje.

W zakresie poz. 21-24 Formularza cenowego (Załącznik nr 2.2. do SIWZ), Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wymagał zgodnie z opisem formularza cenowego zaoferowania „Teczka skrzydłowa A4 z dwoma rzepami (...)”. Wymagano zatem teczki format A4, czyli 210x297mm. Wykonawca zaoferował teczki PBS podając symbole 21187411-05, 21187411-04, 21187411-01, 21187411-02. Zaoferowane teczki nie są zgodne z wymaganiami treści SIWZ. Teczki te są bowiem w formacie A4+ tj. 250x320mm, czyli większym od wymaganego, dopuszczalnego formatu A4 (210x297mm), co potwierdzają jednoznacznie karty katalogowe produktu oznaczonego podanymi przez Konsorcjum symbolami. Podkreślić przy tym należy, że zamawiający w opisie przedmiotu nie dopuszczał tolerancji (+/-)mm w zakresie rozmiaru/formatu teczki. Oferta konsorcjum Pro Office Sp. z o.o. i Zeta Pro Office S.A. jest w związku z powyższym niezgodna z wymaganiami treści SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Jako dowód na powyższe Odwołujący załączył karty katalogowe produktu pochodzące od dystrybutora PBS Connect Polska Sp. z o.o.

Odnosnie poz. 80 Formularza cenowego Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał zgodnie z opisem formularza cenowego zaoferowania „blok do flipchartu gładki, uniwersalny blok papierowy, min.40kartek o wymiarze 100x65cm z papieru offsetowego min.70g/m²”. Zaoferowany został przez Wykonawcę blok PBS (PBS Connect Polska Sp. z o.o) o symbolu 20136513-14, który nie spełnia wymagań treści SIWZ. Blok 20136513-14 jest ekonomicznym blokiem, produkowanym z różnego rodzaju papierów, w zależności od dostępności papieru do produkcji danej partii bloków. Karta produktu pochodząca od PBS Connect Polska Sp. z o.o., nie potwierdza z jakiego papieru bloki są wykonywane. Dodać należy, że Wykonawca, nie wpisał w formularzu cenowym w kolumnie nr 7, że blok jest z papieru offsetowego 70g/m². Wobec tego zdaniem Odwołującego oferta jest niezgodna z wymaganiami treści SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył kartę katalogową produktu pochodzącą od PBS Connect Polska Sp. z o.o., korespondencję e-mail z PBS Connect Polska Sp. z o.o. z dnia 29.09.2017 r. oraz oświadczenie PBS Connect Polska Sp. z o.o. z dnia 6 grudnia 2017 r.

Odnosnie poz. 83 Formularza cenowego Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał zgodnie z opisem formularza cenowego zaoferowania „grafit HB, do ołówka automat. 0,5mm, Hi-Polymer.” Przez Wykonawcę został zaoferowany „Grafit HB, 0,5mm, Pentel” Zeta Pro Office S.A. o symbolu 230865. Według uzyskanej przez Odwołującego wiedzy podany symbol jest symbolem z katalogu Wykonawcy, dla produktu który nie spełnia wymagań treści SIWZ. Symbol 230865 to bowiem symbol grafitów o twardości 2B. Oferta jest zatem niezgodna z wymaganiami treści SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp. Jako dowód Odwołujący przedstawił kartę katalogową Zeta Pro Office S.A

Odnośnie poz. 172 Formularza cenowego Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wymagał zgodnie z opisem formularza cenowego zaofiarowania „Taśma z niebielonej surówki bawełnianej do zszywania akt, wykonana w splocie jodełkowym, wymiary min. szer. 5mm x nawój min. 50mb, pH neutralne, nawinięta na szpulę”. Wykonawca zaofiarował taśmę do zszywania akt, wpisując w formularzu cenowym Grzanpol, symbol 01/02/Grzanpol. Odwołujący podkreślił, że w ofercie producenta Grzanpol A. G., J. Ś. Spółka Jawna nie występują i nigdy nie występowały taśmy z niebielonej surówki bawełnianej do szycia akt. Według uzyskanej przez Odwołującego informacji bezpośrednio od producenta Grzanpol, nie wyceniał on do przedmiotowego postępowania taśmy z niebielonej surówki firmie PRO OFFICE Sp. z o.o. oraz Zeta Pro Office S.A. Co więcej, produkt nie był wyceniany i oferowany żadnemu Wykonawcy. Wpisany w formularzu cenowym symbol 01/02/GRZANPOL nie istnieje też w ogóle w ofercie tego producenta. Producent ten przedstawił jednoznaczną informację, że „nie ma w ofercie tego produktu więc na pewno nie był nikomu oferowany”. Wykonawca zatem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp. Ponadto jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Nieprawdziwe informacje zawarte w formularzu ofertowym nie mogłyby być więc w żaden sposób sanowane przez wybranego Wykonawcę, ponieważ prowadziłyby to do nieuprawnionej na gruncie Ustawy Pzp zmiany treści oferty. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił korespondencję e-mail z producentem Grzanpol z dnia 4 grudnia 2017 r., 6 grudnia 2017 r. oraz 11 grudnia 2017 r.

W zakresie dotyczącym pozycji 203 Formularza cenowego, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wymagał zgodnie z opisem formularza cenowego zaofiarowania „Grzbiet plastikowy do bindowania 25mm, kolor czarny”. Wykonawca zaofiarował grzbiet ARGO o symbolu 405222. Podany symbol jest symbolem z katalogu ARGO dla produktu, który nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ. Symbol 405222 to bowiem grzbiety 22mm. Oferta jest niezgodna zatem z wymaganiami treści SIWZ, a więc powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Ponadto poprzez takie zachowanie wybrany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Powinno to więc skutkować także wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył kartę katalogową ARGO S.A 2017/2018.

Uzasadniając zarzut nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w kryteriach oceny ofert,

odnośnie kryterium „Jakość” na podstawie złożonych próbek, Odwołujący wskazał, iż po dokonaniu szczegółowej analizy kart indywidualnej oceny próbek w zakresie części 2 (dowód w aktach postępowania o udzielenie zamówienia), otrzymanych w dniu 4 grudnia 2017 r. nie zgadza się z oceną Zamawiającego w zakresie: Poz.84 długopis Leviatan B-579T niebieski 009977 oraz Poz.100 wkład do długopisu Leviatan LE045. W ww. pozycjach Odwołujący zaoferował takie same produkty jak wybrany wykonawca, od tych samych producentów, a w związku z tym próbki były takie same. Pomimo tego zostały ocenione w różny sposób przez członków komisji przetargowej, a mianowicie wyższą punktacją Zamawiający przyznał produktom wybranego Wykonawcy. Szczegółowe karty oceny osób dokujących oceny: B. J., J. S., M. K., M. U., Z. T. znajdują się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia. Ocena próbek odbywała się na zasadzie zerojedynkowej: 1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia. Suma liczby punktów przyznanych przez wszystkich członków komisji była podstawą do wyliczenia liczby punktów uzyskanych w kryterium jakość i była liczona w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że członkowie komisji przetargowej dokonali odmiennej oceny ww. próbek w odniesieniu do oferty Odwołującego (0 pkt) i wybranego Wykonawcy (1 pkt), pomimo przedstawienia próbek tego samego artykułu (dowody w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Dla przykładu Odwołujący wskazał punktację z karty oceny jednego z członków komisji przetargowej, gdzie Przystępującemu w zakresie wymagań dla poz. 84: „Nakreślenie linii o dł. 20 cm, ciągłej, bez przerywania, o jednolitej grubości. Tusz rozprawdza się równomiernie. Nie robi plam” oraz „Tusz szybko zasycha i jest odporny na rozmazywanie się” przyznano po jednym punkcie, a Odwołującemu punktów nie przyznano, zaś dla poz. 100 w zakresie wymagania „Tusz szybko zasycha i jest odporny na rozmazywanie się” Przystępującemu przyznano 1 punkt, a Odwołującemu 0 punktów. Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje, że Zamawiający dokonując odmiennej oceny próbek tych samych artykułów biurowych zaoferowanych przez wybranego wykonawcę i Odwołującego, naruszył uzasadnione granice swobody przyznawania punktacji w kryterium oceny ofert - jakość. Spowodowało to przyznanie Odwołującemu mniejszej liczby punktów w ww. kryterium, a tym samym nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, iż podnosi powyższe okoliczności z tzw. ostrożności procesowej, ponieważ jak wykazano już w pierwszej części odwołania oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji nie powinna być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert, a Wykonawca powinien zostać wykluczony. Gdyby zatem Odwołujący otrzymał w powyższym zakresie prawidłową punktację tj. taką samą jak wybrany Wykonawca, to przy właściwym wyliczeniu tj. 3 pkt x 5 osób z komisji przetargowej = 15 pkt, daje Odwołującemu 1,61 pkt. Oferta Odwołującego otrzymałaby wówczas łącznie 96,69 pkt,

a więc byłaby ofertą najkorzystniejszą (na 1 pozycji rankingowej) w świetle kryteriów oceny ofert (niezależnie od nieprawidłowości Zamawiającego w przyznaniu punktacji opisanej w pkt 2 poniżej) i to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo także obliczył punkty w kryterium oceny ofert - cena. Stosownie do pkt XVI.2.2. SIWZ (dotyczy części 2) punktacja za cenę powinna być wyliczona wg wzoru: C (ilość punktów uzyskanych za cenę) = C_{\min} (najniższa cena z wszystkich ofert) / C_{of} (cena zaoferowana przez badanego Wykonawcę). Maksymalna ilość punktów w tym kryterium miała wynieść 60,00. W świetle informacji z otwarcia ofert z 16 grudnia 2017 r., sprostowanej w dniu 18 grudnia 2017 r. (dowody w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) cena oferty Odwołującego była najniższa z wszystkich złożonych ofert tj. wyniosła 774 337,40 zł, a zatem po podstawieniu tej kwoty do ww. wzoru matematycznego Odwołujący powinien uzyskać maksymalną liczbę punktów czyli 60,00. Tymczasem w informacji przekazanej przez Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2017 r. w tabeli 2 dla części 2 zamówienia Zamawiający podał, że w kryterium cena Odwołujący uzyskał 58,40 pkt i taka też punktacja posłużyła do wyliczenia łącznej liczby punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert. Podkreślić należy, że gdyby Odwołującemu prawidłowo (zgodnie z ustalonym sposobem wyliczenia punktacji z SIWZ) przyznano 60,00 pkt, to Odwołujący uzyskałby już łącznie 96,69 pkt. Dodatkowo przy uwzględnieniu nieprawidłowości w przyznaniu punktacji także w kryterium Jakość, oferta Odwołującego uzyskałaby 98,30 pkt i byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, iż zostały wypełnione łącznie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp (*Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*) – to jest posiadania interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia – Pro Office Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Zeta Pro Office Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”), wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 21 grudnia 2017 r. (a dzień wcześniej w formie elektronicznej) złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosnie poz. 21-24 Formularza cenowego Przystępujący wskazał, iż wszelkie produkty które służą do przechowywania innych produktów (kartek papieru) w zakresie rozmiaru są określane formatem papieru, którego użyciu mają służyć a nie wielkością w znaczeniu dosłownym. Tak więc oferowane (również przez Odwołującego) produkty w niniejszym postępowaniu są produktami większymi niż 210/297 (format A4) albowiem ich rolą jest przechowywanie produktów o takim właśnie rozmiarze. Dotyczy to wielu pozycji w niniejszym postępowaniu np. 13, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 2982, 33-37, 38-42, 44, 45, 46, 47-50, 51, 63, 186, 189. Przystępujący wskazał, iż gdyby produkty te rzeczywiście były rozmiaru A4, to nie spełniałyby swojej roli (nie mieściłyby się w nich żądany format). Odnosnie poz. 80 Formularza cenowego Przystępujący wskazał, iż z treści pisma, które Odwołujący załączył wynika, iż PBS Connect Polska sp. z o.o. produkuje bloki zarówno z papieru offsetowego jak i kredowego. Nie oznacza to jednak, iż produkuje się je z mieszanki tych dwóch rodzajów papieru ale, że część bloków jest zrobiona w całości z papieru offsetowego, a część w całości z kredowego. Przystępujący posiada z kolei w swoich zasobach bloki do flipchartów wyprodukowane w całości z papieru offsetowego w ilości zapewniającej realizację dostaw w ramach przetargu, o czym informował Zamawiającego składając odpowiednie oświadczenie. Odnosnie poz. 172 Formularza cenowego Przystępujący wskazał, iż producent Grzanpol sp. j, zadeklarował dostarczenie Przystępującemu taśmy do zszywania akt zgodnie z wymogami określonymi w pozycji 172, co jasno wynika z treści jego oświadczenia, które zostało załączone w toku składania ofert, a co również zostało potwierdzone w wiadomości e-mail z dnia 13 grudnia 2017 r. Odnosnie poz. 83 i 203 Formularza cenowego Przystępujący wskazał, iż w stosunku do obu pozycji zarówno formularz cenowy, jak i oświadczenia złożone przez importera jednoznacznie potwierdzają zgodność z wymogami SIWZ.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oceny ofert w kryterium „Jakość” Przystępujący nie zgodził się z argumentacją odwołania wskazującą na rozbieżności w ocenie jakości długopisów. Produkty pomimo tego, że teoretycznie nie powinny się różnić, to jednak w praktyce zawsze występują w nich pewne odmienności, związane np. z okresem w jakim dany produkt leżał na magazynie, czy też w jakich warunkach był przechowywany. Naturalną konsekwencją tych odmienności jest różna ocena członków komisji uzależniona od zachowania się produktu

w czasie testu. Analizując stanowisko Zamawiającego Przystępujący stwierdził, iż produkty Odwołującego w powołanych w piśmie przykładach nie spełniały wymogów od których uzależnione było przyznanie punktu, nie świadczy to jednak o przekroczeniu granic swobody w przyznawaniu punktów a jedynie o wyborze opartym o faktyczne efekty przedłożonych próbek, które w przypadku Odwołującego nie gwarantowały równomiernego rozprowadzania się tuszu oraz szybkiego zasychania, odpornego na rozmazywanie się. Odnośnie zaś oceny oferty Odwołującego w kryterium „cena” Przystępujący wskazał, iż 18 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonał sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej przyznając Odwołującemu 60 punktów w kategorii cena. Sprostowanie to nie wpłynęło jednak na zmianę wyniku.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Odwołującego i Przystępującego, dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp, kart oceny indywidualnej, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz sprostowania tej informacji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 21 grudnia 2017 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych przez Strony i Uczestnika postępowania w toku posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawcy materiałów biurowych dla sądów powszechnych apelacji katowickiej. Zakres przedmiotu zamówienia został podzielony na dwie części (IV.1-2 SIWZ). Rozpoznawane przez Izbę odwołanie zostało wniesione na wybór oferty najkorzystniejszej w części 2 – Różny sprzęt i artykuły biurowe.

Zgodnie z punktem IV.10 SIWZ Zamawiający w załącznikach nr 2.x (odpowiednio do części zamówienia) do SIWZ określił minimalne, wymagane parametry techniczne produktów stanowiących przedmiot zamówienia. Wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są do zaoferowania produktów o parametrach nie gorszych niż wymagane, a w przypadku zaoferowania produktów o parametrach niższych oferta zostanie odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ.

W punkcie VIII.8 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego żąda kart katalogowych lub oświadczenia producenta lub oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta lub oświadczenia generalnego dystrybutora lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie

wymagań wskazanych w każdej pozycji asortymentowej w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik 2.1 i/lub Załącznik 2.2 odpowiednio do części zamówienia.

W punkcie 2.2. Rozdziału XVI SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert w części 2 zamówienia: Cena – 60%, Termin realizacji jednorazowego zamówienia – 4%, Minimalna kwota jednorazowego zamówienia – 4%, Minimalna częstotliwość jednorazowych zamówień – 2%, Jakość – 30%.

W punkcie 2.2.5. lit. a) Rozdziału XVI SIWZ wskazał, iż punkty w zakresie kryterium Jakość zostaną przyznane na podstawie oceny próbek zaoferowanych artykułów biurowych załączonych do oferty – wskazanych w punkcie VIII.2.2. SIWZ oraz w załączniku 8.2 do SIWZ. W punkcie VIII.2.2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu dokonania oceny ofert w kryterium „Jakość,” żąda aby wykonawca złożył wraz z ofertą produkty wskazane w poz. 38, 84, 94, 100, 104, 109, 112, 118, 121, 124, 136, 174, 178, 180 Załącznika nr 2.2 do SIWZ – w ilości po 1 szt. każdy. Zamawiający podkreślił także, iż z uwagi na kryteria wyboru oferty opisane w Rozdziale XVI SIWZ, próbki, o których mowa w pkt VIII.2.1 i VIII.2.2, stanowią treść oferty. Oferta nie zawierająca próbek odpowiednio dla oferowanej części zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Zamawiający wskazał ponadto, iż pod pojęciem „Jakość” rozumie m.in. funkcjonalność oraz trwałość i estetykę wykonania produktu. Ocena zostanie dokonana przez 5 członków komisji przetargowej indywidualnie na wspólnym posiedzeniu przy zapewnieniu jednakowych warunków dokonywania oceny dla wszystkich ocenianych ofert. Ocenie podlegać będzie każdy z ocenianych produktów na podstawie cech podanych w załączniku nr 8.2 do SIWZ Opis sposobu dokonywania oceny próbek – na zasadzie zerojedynkowej: 1 pkt – spełnia, 0 pkt – nie spełnia. Następnie komisja dokona w odniesieniu do każdej z ocenianych ofert oddzielenie:

- sumowania liczby punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji dla danego produktu. Każdy produkt może otrzymać maksymalnie 4 punkty. Maksymalna liczba punktów przyznana przez jednego członka komisji dla wszystkich ocenianych produktów w ramach jednej oferty wynosi 56,
- sumowania liczby punktów przyznanych przez wszystkich członków komisji – maksymalna łączna liczba punktów możliwa do uzyskania dla każdej oferty wynosi 280 (5 członków komisji x 56 punktów).

Suma punktów przyznanych przez wszystkich członków komisji będzie podstawą do wyliczenia liczby punktów uzyskanych w kryterium „Jakość” i będzie liczona w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.

W Załączniku nr 8.2. do SIWZ wskazano m.in. następujące wymogi:

Lp./ Pozycja OPZ / identyfikator produktu	Opis	Maks. ilość punktów dla danego produktu	Punktacja częstkowa	Opis testu
2. 84. T010303- 001	Długopis automatyczny z gumowym uchwytem, grubość końcówki 0,7 mm, grubość linii pisania 0,27 mm+/-0,01mm, długość linii pisania minimum 1000 m, przezroczysta obudowa, kulka z węgla wolframu, plastikowy klips z nazwą producenta, wytworzony w fabryce posiadającej ISO 9001, kolor wkładu niebieski, (dopuszcza się obudowę przezroczystą w odcieniu tuszu oraz gumowy uchwyt w odcieniu tuszu), wymienne wkłady.	4	1/0	Nakreślenie linii o dł. 20 cm, ciągłej, bez przerywania, o jednolitej grubości. Tusz rozprawia się równomiernie. Nie robi plam. (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
			1/0	Tusz szybko zasycha i jest odporny na rozmazywanie się (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
			1/0	Poszczególne elementy są ze sobą trwale i estetycznie połączone, nie poruszają się względem siebie i nie wypadają podczas użytkowania, nie trzeszczą (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
			1/0	Rękojeść nie klei się do ręki (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
4. 100. T010306- 003	Wkład do długopisu z poz. 87, średnica kulki z węgla wolframu: 0,7 mm, linia pisania od 0,27 mm do 0,33 mm, długość linii pisania 1700 +/-200 m, tusz wodoodporny, nieblaknący- spełniający normę ISO 12757-2 określającą wymagania dla długopisów i wkładów niezbędne do używania na dokumentach	4	1/0	Nakreślenie linii, przy lekkim nacisku dłoni, o dł. 20 cm ciągłej i bez przerywania, o jednolitej grubości (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia),
			1/0	Tusz szybko zasycha i jest odporny na rozmazywanie się (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
			1/0	Brak zarysowań, zadrapań, rdzewień, nadlewek na elementach obudowy (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)
			1/0	Przy pisaniu nie drapie kartki (1 pkt - spełnia, 0 pkt - nie spełnia)

Zgodnie z punktem XII.4 SIWZ oferta powinna zostać złożona na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 1 do SIWZ i zawierać oświadczenia i dokumenty, o których mowa w SIWZ, w tym formularz cenowy, zgodny z załącznikiem nr 2.x odpowiednio do części zamówienia (dla przedmiotowej części – zgodnie z załącznikiem nr 2.2. do SIWZ). W Formularzu cenowym, odnośnie pozycji asortymentu zakwestionowanych w odwołaniu, wskazano następujący opis przedmiotu zamówienia:

- dla poz. 21 – 24 - Teczka skrzydłowa A4 z dwoma rzepami, szerokość grzbietu 40 mm, grubość tektury co najmniej 2 mm, powleczona folią PP, 3 skrzydła wewnętrzne chroniące zawartość przed wysunięciem;
- dla poz. 80 – Blok do flipchartu - gładki, uniwersalny blok papierowy, min. 40 kartek o wymiarze 100 x 65 cm z papieru offsetowego min. 70 g/m2;
- dla poz. 83 – Grafit HB, do ołówka automat. 0,5 mm, HiPolymer, długość grafitu: 60mm, nie zawiera niebezpiecznych substancji, bezzapachowy, opakowanie zawiera 12 szt. grafitów;
- dla poz. 172 – Taśma z niebielonej surówki bawełnianej do zszywania akt, wykonana w splocie jodełkowym, wymiary min. szer. 5mm x nawój min. 50mb, pH neutralne, nawinięta na szpulę ;
- dla poz. 203 - Grzbiet plastikowy do bindowania 25 mm, kolor czarny.

Przystępujący w złożonej ofercie, w formularzu cenowym, zaoferował m.in. następujące produkty:

- dla poz. 21-24 –Teczka z rzepami A4/40 (symbol/model: 21187411-01 (oraz -02, -04, -05; producent/importer/dystrybutor: PBS);
- dla poz. 80 – Blok do flipczartów, gładki, 65x100,50k (symbol/model: 20136513-14; producent/importer/dystrybutor: PBS);
- dla poz. 83 – Grafity HB, 0,5mm, Pentel (symbol/model: 230865; producent/importer/dystrybutor: ZETA S.A.);
- dla poz. 172 – Taśma do zszywania akt (symbol/model 01/02/GRZANPOL; producent/importer/dystrybutor: Grzanpol);
- dla poz. 203 – Grzbiet plastikowy do bindowania 25mm, kolor czarny (symbol/model: 405222 ; producent/importer/dystrybutor: Argo).

Ponadto, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Przystępujący złożył oświadczenie firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. potwierdzające, iż produkty zawarte w ofercie Przystępującego we wskazanych tam pozycjach, w tym w poz. 21-24 oraz 80, są w pełni zgodne z parametrami zawartymi w SIWZ (przytoczonymi w treści oświadczenia). Dodatkowo, odnośnie poz. 80, wskazano, iż blok do flipczartu o numerze handlowym 20136513-14 jest wykonywany zarówno z papieru offsetowego, jak i kredowego. Ponadto w zakresie poz. 80 Przystępujący złożył oświadczenie członka konsorcjum Zeta Pro Office S.A. potwierdzające, iż firma ta posiada na stanie magazynowym Blok do flipczartów o numerze handlowym 20136513-14 z partii wyprodukowanej z papieru offsetowego w ilości zapewniającej realizację dostaw w ramach przedmiotowego przetargu. Odnośnie poz. 172 Formularza cenowego, Przystępujący załączył oświadczenie firmy GRZANPOL A. G., J. Ś. Spółka jawna z 12 października 2017 r., iż

produkty zawarte w ofercie Przystępującego we wskazanych w treści oświadczenia pozycjach (w tym m.in. 172) są w pełni zgodne z wymaganiami SIWZ. W zakresie poz. 83, Przystępujący załączył oświadczenie członka konsorcjum - Zeta Pro Office S.A., iż produkty zawarte w ofercie we wskazanych w oświadczeniu pozycjach (m.in. 83) są w pełni zgodne z wymaganiami SIWZ. Odnośnie produktu opisanego w poz. 203 Przystępujący załączył oświadczenie firmy Argo S.A. potwierdzające jego zgodność z wymaganiami SIWZ.

W zakresie poz. 84 oraz 100 formularza cenowego, w celu dokonania przez Zamawiającego oceny w kryterium „Jakość” Odwołujący i Przystępujący zaoferowali produkty o takiej samej nazwie, modelu i tego samego producenta. Dla poz. 84 był to długopis B-579T Niebieski, producent (importer/dystrybutor) Leviatan. Dla poz. 100 był to wkład do długopisu, kolor niebieski, LE045, producent (importer/dystrybutor) Leviatan.

Odwołujący otrzymał w kryterium „Jakość” 27,69 punktów. Z kart oceny indywidualnej (każdego z pięciu członków komisji) wynika, że w przypadku długopisu z poz. 84 próbka nie spełniała wymogu „nakreślenie linii o dł. 20 cm, ciągłej, bez przerywania, o jednolitej grubości. Tusz rozprawdza się równomiernie. Nie robi plam.” Oceniający wskazali m.in., iż „tusz robi plamy (nadmiar tuszu)”, „początek linii- z grubszą warstwą tuszu, która rozmazuje się,” „plamy tuszu,” „plami na początku linii.” Ponadto uznano, że nie spełnia on wymogu „tusz szybko zasycha i nie rozmazuje się,” oceniający wskazali, że tusz rozmazuje się. W przypadku wkładów do długopisu z poz. 100 poddana ocenie próbka także nie spełniała wymogu „Tusz szybko zasycha i jest odporny na rozmazywanie” – wskazano, iż tusz rozmazuje się. Przystępujący otrzymał w omawianym kryterium maksymalną liczbę punktów, tj. 30,00.

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, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 4 Ustawy Pzp nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 Ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki

prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta została przeniesiona na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i znalazła swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) wskazując, 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 trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie podołał ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z treścią punktu IV.10 SIWZ Zamawiający określił minimalne wymagane parametry techniczne produktów stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający w punkcie VIII.8 SIWZ wskazał ponadto, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, żąda kart katalogowych lub oświadczenia producenta lub oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta lub oświadczenia generalnego dystrybutora lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w każdej pozycji asortymentowej w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik 2.1 i/lub Załącznik 2.2 odpowiednio do części zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego Przystępujący złożył odpowiednie oświadczenia producentów (lub ich przedstawicieli/dystrybutorów). Dokumenty takie zostały przedstawione dla każdej z pozycji asortymentowej wskazanej w Załączniku 2.2. do SIWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia dla Części 2 i jednocześnie formularz cenowy stanowiący załącznik do oferty Przystępującego. Z treści przedstawionych oświadczeń producentów (lub ich przedstawicieli/dystrybutorów) w sposób jednoznaczny wynikało, że określony produkt, wskazany w danym oświadczeniu, spełnia wymagania SIWZ. W ocenie Izby nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż to, że w treści oświadczeń przytoczony był odpowiedni dla danego produktu wiersz tabeli z Załącznika nr 2.2. do SIWZ, powodować miało, że producenci w sposób bezwiedny składali oświadczenia o zgodność produktu z SIWZ. Wręcz przeciwnie – w ocenie Izby fakt przytoczenia w treści oświadczeń dokładnego opisu przedmiotu zamówienia dla każdej z pozycji formularza pozwalał producentom (jego przedstawicielom czy też dystrybutorom) podpisującym oświadczenie na weryfikację, jakie wymagania odnośnie produktu miał Zamawiający i czy faktycznie dostarczany przez nich produkt odpowiada w pełni wymaganiom Zamawiającego.

Wobec treści dokumentów przedstawionych przez Przystępującego w celu potwierdzenia zgodności oferowanego asortymentu z wymaganiami SIWZ, Zamawiający podczas dokonywania oceny ofert nie miał podstaw do poddania w wątpliwość prawdziwości czy rzetelności przedstawionych oświadczeń, dokumenty te odpowiadały bowiem warunkom postawionym w SIWZ. Nie zasługują także na uwzględnienie podnoszone przez Odwołującego w treści odwołania argumenty jakoby Zamawiający przyjął praktykę samodzielnego poszukiwania materiałów w asortymencie danego producenta i analizy czy i który produkt może odpowiadać charakterystyce materiałów. Twierdzenia te nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania, z której wynika, iż Zamawiający dokonując oceny zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ oparł się na złożonych przez niego w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp dokumentach, w tym oświadczeniach producentów (przedstawicieli/dystrybutorów) oraz informacjach wskazanych w załączonym do oferty Formularzu cenowym, a zatem dokonał oceny w sposób zgodny z treścią SIWZ. Również w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący nie zdołał wykazać, że zaoferowane przez Przystępującego w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach 21-24, 80, 83, 172 i 203 produkty były niezgodne z treścią SIWZ.

Dodatkowo, odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego pozycji Formularza cenowego Przystępującego, Izba wskazuje, co następuje.

Odnośnie poz. 21-24, tj. teczek skrzydłowych A4, Odwołujący swoją argumentację oparł na okoliczności, iż teczki te sprzedawane są w formacie A4+, tj. 250x320 mm, a nie A4, tj.

210x297mm. W ocenie Izby nie budzi jednak wątpliwości fakt, iż teczki te służyć mają do przechowywania dokumentów w formacie A4, a zatem wymiar zewnętrzny przedmiotowych teczek (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonanych ze sztywnej tektury o grubości co najmniej 2mm, zamykanych na rzepy, posiadających skrzydła wewnętrzne i szerokość grzbietu 40mm), w celu spełnienia swojej funkcji powinien być większy niż standardowy format A4 określony dla arkusza papieru, tj. 210x297mm. Izba zwraca uwagę, iż również w przypadku innych produktów wymienionych w załączniku nr 2.2. do SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia wskazywano na oznaczenie A4, podczas gdy nie wiązało się to z wymogiem zapewnienia produktu o wymiarze 210x297mm. Dla przykładu w poz. 26 i 27 dotyczących „teczek z tektury bezkwasowej A4 wiązanej”, w opisie wskazano, iż tekstura bezkwasowa ma mieć format 430x310x50mm, a mimo tego w nazwie tego rodzaju teczek podano „A4.” Tak stosowana nomenklatura jest powszechna w przypadku artykułów papierniczych i biurowych. Potwierdza to także treść dokumentów złożonych przez Odwołującego jako dowód na niezgodność tych produktów z treścią SIWZ, tj. kart katalogowych omawianych produktów (poz. 21-24) załączonych do odwołania oraz złożonego w toku rozprawy oświadczenia firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. - w nazwie omawianych produktów wprost wskazano, iż są to teczki A4: „nazwa produktu: Teczka z rzepem OFFICE PRODUCTS, PP, A4/4cm, 3-skrz., czarna” (i odpowiednio niebieska/czerwona/zielona). Co więcej, w kartach katalogowych tych teczek przedstawionych przez Odwołującego w rubryce „Podstawowe parametry produktu” w sekcji „Wymiary” wskazano szczegółowe wymiary teczek („40x250x320”), ale także ich format („A4”). Dodatkowo z oświadczenia firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. wynika, że teczki te służą do przechowywania dokumentów rozmiaru A4. Nie sposób uznać zatem, aby Odwołujący wykazał, że zaoferowane w poz. 21-24 Formularza cenowego Przystępującego produkty nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy zauważyć, iż jak wskazał Zamawiający sam Odwołujący w odniesieniu do poz. 18, tj. teczki A4 wiązanej, zaoferował produkt o wymiarach 320x250x35, czyli takich samych jak teczka zaoferowana przez Przystępującego w poz. 21-24 Formularza cenowego, której zgodność z SIWZ Odwołujący kwestionuje, Odwołujący zaś powyższej okoliczności w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nie zaprzeczył. Ponadto mieć należy na uwadze, że Przystępujący, zgodnie z wymogiem wynikającym z punktu VIII.8 SIWZ, przedstawił Zamawiającemu oświadczenie firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o., które potwierdzało zgodność oferowanego produktu w wymaganiach Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, brak było podstaw do poddania w wątpliwość, że zaoferowane przez Przystępującego w poz. 21-24 teczki z dwoma rzepami nie spełniają wymogów SIWZ.

Również nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego odnośnie niezgodności z treścią SIWZ produktu zaoferowanego przez Przystępującego w poz. 80, tj. bloku do flipczartu firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. Odwołujący podnosił, iż zaoferowany przez Przystępującego blok 20136513-14 jest blokiem produkowanym z różnego rodzaju papierów, w zależności od dostępności papieru do produkcji danej partii bloków, a karta produktu nie potwierdza z jakiego papieru bloki są produkowane. Zwrócić jednak należy uwagę, iż w celu potwierdzenia, że zaoferowany produkt jest zgodny z wymaganiami SIWZ Przystępujący przedstawił oświadczenie firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. potwierdzające, iż produkt zawarty w ofercie Przystępującego w poz. 80 jest w pełni zgodny z parametrami zawartymi w SIWZ. Jedynie dodatkowo odnośnie tej pozycji wskazano, iż blok do flipczartu o numerze handlowym 20136513-14 jest wykonywany zarówno z papieru offsetowego, jak i kredowego. Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego te dwa rodzaje papieru nie są mieszane podczas produkcji, poszczególne partie produktu są wykonywane albo z papieru offsetowego albo kredowego, w zależności od dostępności surowca. Oznacza to, że możliwym jest dostarczenie przez Przystępującego bloku do flipczartu wykonanego z papieru offsetowego, co potwierdziła sama firma PBS Connect Polska Sp. z o.o. w złożonym na potrzeby postępowania oświadczeniu, wskazując na zgodność produktu z wymaganiami SIWZ. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które świadczyłyby o tym, że nie jest możliwe dostarczenie bloków do flipczartów firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. wykonanych z papieru offsetowego, a jedynie dokument, który wskazuje, że tego rodzaju bloki firma ta wykonuje z dwóch różnego rodzaju papierów. Ponadto w zakresie tej pozycji Przystępujący złożył oświadczenie członka konsorcjum Zeta Pro Office S.A. potwierdzające, iż firma ta posiada na stanie magazynowym blok do flipczartów o numerze handlowym 20136513-14 z partii wyprodukowanej z papieru offsetowego w ilości zapewniającej realizację dostaw w ramach przedmiotowego przetargu. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego w powyższym zakresie była niezgodna z SIWZ.

Odnośnie produktów wskazanych w poz. 83 Formularza cenowego Przystępującego Odwołujący podniósł, iż podany w treści tego formularza symbol produktu wskazuje, iż jest to symbol grafitów o twardości 2B, a nie jak wymagał tego Zamawiający HB, na potwierdzenie czego przedstawił „kartę katalogową Zeta Pro Office S.A.” Izba zwraca uwagę, iż do odwołania załączona została strona 214 bliżej niezidentyfikowanego dokumentu, w treści której nie sposób znaleźć odniesienia do producenta czy dystrybutora opisanych tam produktów, nie da się również określić z jakiego dokumentu pochodzi załączony „wyciąg.” Jedynie z treści odwołania wywieść można, iż jest to prawdopodobnie katalog Zeta Pro Office S.A. Niemniej zwrócić należy uwagę, iż Przystępujący w treści formularza ofertowego w kolumnie „Nazwa handlowa” wprost wskazał, iż oferuje „GRAFITY HB, 05MM, PENTEL” a na potwierdzenie

zgodności tego produktu z wymaganiami SIWZ przedstawił Zamawiającemu oświadczenie dystrybutora tego produktu, którym w tym przypadku był jeden z członków Konsorcjum Przystępującego. W tym miejscu zważyć należy, że treść SIWZ nie wyłączała możliwości oferowania produktów, których producentem czy też przedstawicielem producenta lub dystrybutorem był sam wykonawca. Okoliczność ta nie była także kwestionowana przez Odwołującego. Ponadto Zamawiający przewidział w SIWZ także możliwość złożenia innych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w każdej pozycji asortymentowej w opisie przedmiotu zamówienia, niż oświadczenia producenta, autoryzowanego przedstawiciela producenta lub oświadczenia generalnego dystrybutora. Izba zwraca uwagę, iż oceny oferty dokonuje się w oparciu o wszystkie dokumenty załączone do oferty i składające się na jej treść, a zatem w tym przypadku biorąc pod uwagę nie tylko Formularz cenowy, ale i złożone przez Przystępującego pozostałe dokumenty, jak oświadczenia producentów czy próbki, tylko taka ocena daje bowiem możliwość jednoznacznego stwierdzenia, co jest faktycznie oferowane i tak też oceny oferty Przystępującego dokonał Zamawiający. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby załączony przez Odwołującego do odwołania dokument nie jest wystarczający, aby stwierdzić, że oferta Przystępującego była niezgodna z treścią SIWZ.

W ocenie Izby Zamawiający nie miał również podstaw do uznania, że oferta Przystępującego nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym poz. 172, tj. taśmy z niebielonej surówki bawełnianej do zszywania akt. Przystępujący zaoferował produkt o nazwie „Taśma do zszywania akt,” symbol/model: 01/02/GRZANPOL, producent/importer/dystrybutor: Grzanpol, a w celu potwierdzenia, że produkt ten spełnia wymagania SIWZ przedstawił oświadczenie firmy „GRZANPOL” A. G., J. Ś. Sp. j. z 12 października 2017 r. Odwołujący zarzucił, iż produkt ten nie istnieje w ogóle w ofercie ww. podmiotu oraz, że podmiot ten nie dokonywał wyceny omawianego produktu na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, na potwierdzenie czego załączył korespondencję e-mail prowadzoną z p. J. S. z firmy „GRZANPOL.” Zwrócić jednak należy uwagę, iż w toku postępowania odwoławczego Przystępujący złożył wydruk korespondencji e-mail prowadzonej z tą samą osobą, p. J. S., w dniach 22-25 września 2017 r., z której wynika okoliczność przeciwna - a mianowicie fakt dokonania wyceny na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia m.in. produktu z poz. 172 Formularza cenowego, tj. taśmy z niebielonej surówki bawełnianej do zszywania akt. Abstrahując od przyczyn, dla których ww. osoba w korespondencji z Odwołującym prowadzonej ponad 2 miesiące po dokonaniu wyceny podała sprzeczne z informacjami przekazywanymi w chwili wyceny Przystępującemu, należy zauważyć, iż Przystępujący dodatkowo przedstawił korespondencję e-mail z dnia 13 grudnia 2017 r. prowadzoną z p. J. Ś., współnikiem spółki jawnej

„GRZANPOL,” która potwierdza, że firma ta będzie w stanie dostarczyć Przystępującemu taśmę do zszywania akt z poz. 172 wycenianą pod przetarg w dniu 25 września 2017 r. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Odwołujący wykazał, iż pomiędzy ofertą Przystępującego a treścią SIWZ zachodzi jakakolwiek niezgodność w tym zakresie.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego co do niezgodności z SIWZ produktu zaofiarowanego przez Przystępującego pod poz. 203 Formularza cenowego. Odwołujący podniósł, iż wskazany w treści tego formularza symbol produktu wskazuje, iż jest to symbol grzbietu plastikowego do bindowania 22 mm, a nie jak wymagał tego Zamawiający 25mm, na potwierdzenie czego przedstawił „Kartę katalogową Argo S.A. 2017/2018.” Jednakże Przystępujący w treści formularza ofertowego w kolumnie „Nazwa handlowa” wprost wskazał, iż oferuje „Grzbiet plastikowy do bindowania 25mm, kolor czarny” a na potwierdzenie zgodności tego produktu z wymaganiami SIWZ przedstawił Zamawiającemu oświadczenie firmy Argo S.A. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż w treści tego oświadczenia wskazano zarówno opis przedmiotu zamówienia dla tego produktu, z którego wynikało, że żądanym produktem jest grzbiet o długości 25mm, jak i nazwę handlową produktu, która również wskazywała na grzbiet do bindowania o długości 25mm), a dodatkowo liczbę sztuk oraz numer katalogowy. Firma Argo S.A., dysponując powyższymi danymi potwierdziła, iż oferowany produkt odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Na podstawie tak złożonych dokumentów Zamawiający nie miał podstaw do poddania w wątpliwość zgodności tego produktu z SIWZ. Jak wskazano już powyżej ocena oferty powinna być dokonywana w oparciu o wszystkie dokumenty załączone do oferty i składające się na jej treść, a zatem w tym przypadku Zamawiający powinien wziąć pod uwagę nie tylko Formularz cenowy, ale i złożone przez Przystępującego pozostałe dokumenty, jak m.in. oświadczenia podmiotów trzecich (producentów/przedstawicieli/dystrybutorów) oferowanych produktów i tak też, w ocenie Izby, Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe było zgodne z przepisami Ustawy Pzp, gdyż to właśnie na podstawie tak zestawionych dokumentów Zamawiający był w stanie dokonać oceny i stwierdzić, jaki produkt faktycznie został zaofiarowany przez Przystępującego.

W ocenie Izby nie potwierdził się również stawiany zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż ponieważ to Odwołujący domagał się wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Tymczasem w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, iż Zamawiającemu w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawione zostały informacje wprowadzające w błąd ani nie wykazał, że błąd ten mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego. Dla zastosowania przepisu art. 24 ust.

1 pkt 17 Ustawy Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z 3 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1243/17).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przedstawione przez Przystępującego w Formularzu cenowym informacje wprowadzały Zamawiającego w błąd, argumentacja przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie jest lakoniczna i sprowadza się do powielenia argumentów podnoszonych w celu wykazania niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, które to argumenty – jak wskazano powyżej – nie były zasadne. Odwołujący nie dowiódł, że wskazane w tym dokumencie informacje faktycznie wprowadzały Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistego stanu rzeczy, dodatkowo w taki sposób, że mogło to wpłynąć na decyzje Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący podnosił ww. zarzut wyłącznie w kontekście zaoferowania przez Przystępującego produktów, o których mowa w poz. 172 Formularza cenowego (tj. taśmy do zszywania akt) oraz poz. 203 (tj. grzbietu do bindowania). Zwrócić jednak należy uwagę, iż Przystępujący w obu tych przypadkach dysponował oświadczeniami podmiotów trzecich, które potwierdzały zgodność oferowanych produktów z SIWZ i które złożył Zamawiającemu. W ocenie Izby nie sposób mówić tu zatem o tym, aby informacje podane w treści Formularza cenowego wywołały skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego i mogły mieć przełożenie – w sposób istotny – na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, skoro znajdowały one pełne potwierdzenie w oświadczeniach złożonych przez producentów oferowanych produktów. Bez udowodnienia ziszczenia się ww. przesłanek, nie może zaś dojść do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w zakresie kryteriów oceny ofert niezgodnie z opisem kryteriów określonym w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do zaniżenia przyznanej punktacji.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zakwestionował prawidłowość oceny jego oferty w kryterium „Jakość” na podstawie złożonych próbek produktów: poz. 84 – długopis Leviatan B-579T niebieski 009977 oraz poz. 100 – wkład do długopisu Leviatan LE045, wskazując, iż zaoferował takie same produkty jak Przystępujący, od tych samych

producentów, w związku z tym próbki były takie same, gdy tymczasem Zamawiający przyznał wyższą punktację produktom Odwołującego. W ocenie Izby sam fakt złożenia przez obu wykonawców próbek długopisu oraz wkładu do długopisu tego samego producenta i modelu nie jest wystarczający do poddania w wątpliwość oceny tych próbek dokonanej przez Zamawiającego. Rację ma Odwołujący, iż skoro obaj wykonawcy zaoferowali próbki takiego samego asortymentu, to powinny być to produkty o jednym standardzie (na dowód czego Odwołujący przedstawił oświadczenie producenta tych produktów), niemniej nie może to być równoznaczne z uznaniem, że faktycznie produkty te w chwili dokonywania oceny przez Komisję przetargową miały taką samą jakość.

Zwrócić należy uwagę, iż ocenie podlegała określona próbka, tj. określona sztuka danego produktu, na której jakość wpływ mógł mieć szereg elementów - oprócz samego procesu produkcji także zmienne takie jak data produkcji, partia produkcyjna, sposób i warunki przechowywania, długość przechowywania od momentu produkcji do czasu poddania próbki ocenie, czy warunki transportu. Badane było to, jak produkt zachowa się w trakcie nakreślania linii 20 cm w konkretnym momencie - podczas oceny dokonywanej przez Komisję przetargową. Na powyższe zwracał uwagę w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, Odwołujący jednakże do tych okoliczności w żaden sposób nie odniósł się. Wobec tego w ocenie Izby nie można przyznać racji twierdzeniom Odwołującego, że skoro zaoferował on takie same produkty jak Przystępujący to próbki były takie same, a zatem i ocena tych próbek powinna być taka sama. Zwrócić należy także uwagę na fakt, iż Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do przedstawionych w kartach oceny indywidualnej każdego z członków komisji uwag dotyczących odmowy przyznania części punktów odnośnie próbek z poz. 84 i 100 Załącznika nr 2.2. do SIWZ, jego jedynym argumentem odnośnie wadliwości oceny było przyznanie punktów w tym zakresie Przystępującemu.

Izba nie podzieliła także argumentów Odwołującego podnoszonych w toku rozprawy odnośnie wadliwego sposobu oceny próbek przez Zamawiającego. Po pierwsze należy zauważyć, iż okoliczność ta nie była podnoszona w treści odwołania, a argumentację w tym zakresie Odwołujący przedstawił dopiero w toku rozprawy przed Izbą. Tymczasem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Podkreślić należy, że zarzut to nie tylko kwalifikacja prawna czynności lub zaniechania zamawiającego, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje naruszenia przepisów Ustawy Pzp. To uzasadnienie faktyczne w praktyce określa granice rozpoznania odwołania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1102/17). Nie może więc być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby okoliczność mająca uzasadniać nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w kryterium „Jakość”, która nie została podniesiona w odwołaniu. Ponadto

należy zauważyć, iż Zamawiający w punkcie 2.2.5. lit. a) Rozdziału XVI SIWZ wskazał szczegółowy opis dokonania oceny ofert w tym kryterium (przytoczony w treści niniejszego uzasadnienia w części obejmującej ustalenia faktyczne), z którego wynikało m.in. iż ocena zostanie dokonana przez 5 członków komisji przetargowej indywidualnie na wspólnym posiedzeniu przy zapewnieniu jednakowych warunków dokonywania oceny dla wszystkich ocenianych ofert. Ocenie podlegać miał każdy z ocenianych produktów na podstawie cech podanych w załączniku nr 8.2 do SIWZ na zasadzie zerojedynkowej: 1 pkt – spełnia, 0 pkt – nie spełnia. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą ocena próbek była dokonywana przez pięcioosobową komisję na wspólnym posiedzeniu. W przypadku kwestionowanych produktów (długopisu i wkładów) jedna osoba z komisji przetargowej (zawsze ta sama dla wszystkich próbek złożonych przez wykonawców) dokonywała nakreślenia linii o długości 20 cm i na podstawie tak nakreślonej linii każdy z pięciu członków komisji indywidualnie dokonywał oceny spełnienia wymagań wskazanych w załączniku nr 8.2. do SIWZ wypełniając indywidualne karty oceny. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania. W przypadku nieprzyznania punktacji w danym podkryterium w kolumnie „Uwagi” wskazywano uzasadnienie takiego stanu rzeczy.

Zdaniem Izby taki sposób dokonania oceny był zgodny z postanowieniami SIWZ, ponadto identyczny sposób oceny stosowano odnośnie oferty każdego z wykonawców, Zamawiający zapewnił jednakowe warunki dokonywania oceny dla wszystkich ofert. Obniżenie przyznanej Odwołującemu punktacji w tym kryterium przez członków komisji wobec niespełnienia wymogów przez próbki produktów wskazanych w poz. 84 i 100 Załącznika nr 2.2. do SIWZ nie naruszało wskazanego przez zamawiającego sposobu oceny ofert i mieściło się w ramach zagwarantowanej tym opisem swobody. Nie można tracić bowiem z oczu faktu, że Odwołujący kwestionuje ocenę jego oferty w kryterium „Jakość,” a zatem w kryterium ocennym, w którego naturę niejako wpisana jest możliwość dokonywania różnej oceny spełnienia kryterium przez członków komisji. Odwołujący nie kwestionował postanowień SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert, nie żądał ich wyjaśnienia czy doprecyzowania. To zaś oznacza, że zgodził się i zaakceptował sposób przeprowadzenia oceny przez Zamawiającego w tym kryterium. W niniejszym przypadku członkowie komisji przetargowej po nakreśleniu linii 20 cm długopisem i z użyciem wkładu zaoferowanego przez Odwołującego uznali, że nie zostały spełnione wszystkie wymogi wynikające z pkt 8.2. SIWZ, wobec czego ofercie Odwołującego w tym zakresie nie przyznano punktów. Każdy z członków komisji indywidualnie, w karcie oceny, opisał dlaczego w jego ocenie wymogi te nie zostały spełnione wskazując m.in., że „tuszu robi plamy (nadmiar tuszu)”, „początek linii- z grubszą warstwą tuszu, która rozmazuje się,” „plamy tuszu,” „plami na początku linii,” „tuszu rozmazuje się.” Dlatego też w ocenie Izby brak jest podstaw do poddania w wątpliwość rzetelności oceny dokonanej przez komisję

przetargową w powyższym zakresie. Wnioski wyprowadzone przez członków komisji znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, w której znajdują się kopie arkuszy, na których dokonano nakreślenia linii produktami zaoferowanymi przez Odwołującego i Przystępującego, a które to nakreślenia różnią się jeśli chodzi o jakość linii (linie nakreślone z użyciem produktów Odwołującego miały plamy tuszu w początkowym odcinku i rozmazywały się, linie nakreślone z użyciem produktów Odwołującego nie miały tego rodzaju nieprawidłowości).

Odnosząc się zaś do podnoszonych przez Odwołującego w toku rozprawy argumentów, iż Przystępujący złożył do oceny próbki w nieprawidłowej ilości, Izba zwraca uwagę, iż przedmiotem odwołania był zarzut dotyczący nieprawidłowej ocena oferty Odwołującego w kryterium „Jakość,” nie zaś wadliwość oferty Przystępującego czy też oceny jego oferty w tym kryterium. Badaniu przez Izbę podlegało to, czy dokonana przez Zamawiającego ocena próbek złożonych przez Odwołującego została przeprowadzona zgodnie z treścią SIWZ, a wnioski z tej oceny znajdowały odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania. Izba nie badała prawidłowości dokonania oceny oferty Przystępującego w kryterium „Jakość,” mając na względzie, iż Odwołujący nie objął zakresem zarzutów oceny oferty Przystępującego w powyższym aspekcie.

Biorąc pod uwagę, iż nie potwierdziły się stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 4 Ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp, w konsekwencji Izba nie znalazła także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy Pzp, Zarzut ten był bowiem przez Odwołującego podnoszony wyłącznie jako skutek naruszenia ww. przepisów Ustawy Pzp.

Ponadto, zważywszy, iż Odwołujący na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą cofnął zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim dotyczył on nieprawidłowego obliczenia punktów w kryterium „Cena,” zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp, § 5 ust. 3 lit. a) oraz § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. a i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238; zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 47), obciążając Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł (na podstawie faktury VAT z 20 grudnia 2017 r. złożonej do akt sprawy) oraz kosztami

dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w łącznej kwocie 300 zł (na podstawie elektronicznych biletów kolejowych na trasie Katowice – Warszawa, Warszawa – Katowice).

Przewodniczący: