

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia br. przez wykonawcę P.H.U. „P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Gdańską w Gdańsku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P.H.U. „P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę P.H.U. „P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

1

**Uzasadnienie**

I. Politechnika Gdańska w Gdańsku (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawę środków chemii gospodarczej oraz papieru toaletowego i ręczników papierowych dla jednostek organizacyjnych Politechniki Gdańskiej”.

W dniu 1 sierpnia 2017 r. wykonawca P.H.U. „P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z odrzuceniem oferty P.H.U. „P.” Sp. z o.o. w G. (odwołującego),
- 2) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Oferta Odwołującego została odrzucona w części II postępowania, ponieważ Zamawiający stwierdził, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wymagał, aby rolka papieru oferowana w ramach przedmiotu zamówienia była podzielona na minimum 250 listków +/-5% (tj. min. 237,5 listka). Zaoferowany przez Odwołującego papier toaletowy jest podzielony mniejszą ilości listków. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w "protokole z badania zgodności danej próbki ze specyfikacją" wskazał wielkości parametrów, które „nie są spójne ze sobą, zgodnie z obliczeniami technologicznymi (wzory)”. Odwołujący podważał otrzymane wyniki z badania zgodności próbki. Ze względu na krótki okres do złożenia odwołania, Odwołujący w treści odwołania zapowiedział, że przygotuje wersje obliczeń i przedstawi podczas trwania rozprawy (w trakcie rozprawy obliczeń nie przedstawiono).

W piśmie z dnia 9 sierpnia Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie wymagał, aby „przedmiot próbki był przedmiot wzorcowy, posiadający cechy analogiczne jak ten, który będzie przedmiotem dostawy, a jedynie w zakresie objętym badaniem w ramach kryteriów pozacenowych, w pozostałym zaś zakresie jedynie kierunkowo zgodny z tym, jaki będzie

2

dostarczony”. Na rozprawie Odwołujący dodatkowo podnosił, że ilość listków w rolce papieru toaletowego jest parametrem nieistotnym.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że oferta złożona przez firmę A. winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Argumentował, że Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał przedmiot zamówienia podając konkretne parametry zgodnie z art. 29 Prawa zamówień publicznych. Opisując przedmiot zamówienia w pozycjach nr 1, 9, 12 wskazał na gatunek surowca, i tak: Poz. 1 - gatunek surowca „1-sza warstwa celuloza, 2-ga warstwa makulatura”,

Poz. 9 - gatunek surowca „surowiec makulatura”,

Poz. 12 - gatunek surowca „surowiec makulatura”.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia i w tym opisie wymagał konkretnie surowca z makulatury, bezspornie nie wymagał alternatywy np. z makulatury lub z celulozy itp. Nie ma żadnego zapisu w SMWZ, że Zamawiający dopuszcza inny gatunek surowca. Odwołujący zwracał uwagę na fakt znaczenia słowa „rodzaj surowca”, rodzaj mógł być tylko w ocenie Odwołującego określany w obrębie „makulatury” i tylko „makulatury”, a nie innego użytego surowca.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i do niego bez żadnych odchyleń, należy się odnosić - to jest podstawowa zasada w zamówieniach publicznych, w innym znaczeniu prowadziłoby do sytuacji absurdu w zamówieniach publicznych. Wykonawca F. A. W.W. w ofercie (str.2) wyraźnie w sposób bardzo czytelny i zrozumiały zaoferował produkt wytworzony na bazie zupełnie innego gatunku surowca, na bazie surowca z celulozy, a więc nie spełnia wymagań zamawiającego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał konkretnie na wymóg, że przedmiot zamówienia ma być wytworzony na bazie surowca: MAKULATURA. I na tej podstawie jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo w piśmie z 9 sierpnia 2017 r. Odwołujący kwestionował ilość punktów przyznanych ofercie najkorzystniejszej w kryteriach pozacenowych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

3

- 1) Uwzględnienie odwołania,
- 2) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty,
- 3) Powtórzenia czynności oceny ofert,
- 4) Wybranie oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W części II postępowania oferta Odwołującego otrzymała 60 punktów, oferta uznana

za najkorzystniejszą – 59,63 pkt.

2. Oferta Odwołujący została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ Zamawiający wymagał, aby rolka papieru toaletowego zaoferowana w postępowaniu miała 250 listów (+/-5%), a rolka przedstawiona w ramach próbki przez Odwołującego miała 229 listków. Z badania próbki Zamawiający sporządził protokół, okazał też próbkę złożoną przez Odwołującego na rozprawie – ilość listków w próbce nie budziła wątpliwości.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że po pierwsze, co do zarzutów odnoszących się do oferty uznanej za najkorzystniejszą, Odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w podnoszeniu zarzutu, prowadzącego do odrzucenia tej oferty. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą zostałaby sklasyfikowana na niższym miejscu w rankingu ofert (otrzymałaby mniej punktów, niż oferta Odwołującego). Odwołujący w treści odwołania nie podnosił, że ofercie najkorzystniejszej wadliwie przyznano punkty – pierwszy raz argumentacja z tym związana, wraz z symulacją punktacji proponowanej przez Odwołującego, pojawiła się dopiero w piśmie z dnia 9 sierpnia 2017 r. (Odwołujący wnosil w tymże piśmie o przyznanie ofercie najkorzystniejszej jeszcze mniejszej

4

---

ilości punktów). W odwołaniu Odwołujący wnosil wyłącznie o odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą jako niezgodnej z SIWZ, a w formułowaniu takiego zarzutu nie wykazał, jak wskazano powyżej, legitymacji. Przepis art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przewiduje bowiem uprawnienie do wniesienia odwołania w wypadku, jeżeli na skutek czynności (zaniechania) zamawiającego wykonawca może ponieść szkodę – utożsamianą zwykle z nieuzyskaniem zamówienia; kwestionowanie oferty sklasyfikowanej w rankingu ofert na dalszej pozycji, niż Odwołujący, nie doprowadzi Odwołującego do uzyskania zamówienia.

Po drugie, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego. W związku z kwestionowaniem własnego odrzucenia Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych – gdyby oferta Odwołujący nie została odrzucona, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wymóg Zamawiającego zawarty w SIWZ co do ilości listków w rolce papieru toaletowego nie budził wątpliwości. Odwołujący na rozprawie bagatelizował ten wymóg, twierdząc, że jest nieistotny. Jednak na etapie oceny oferty jest za późno, aby wykonawca deprecjonował wymogi Zamawiającego jednoznacznie sformułowane w treści SIWZ. Odwołujący mógł kwestionować opis przedmiotu zamówienia po zapoznaniu się z treścią SIWZ. Konsekwentnie, Izba nie może na tym etapie lekceważąco podchodzić do oczekiwań Zamawiającego – naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców; wymogi Zamawiającego w tym zakresie były jasno opisane i nie budziły żadnych zastrzeżeń. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości przeliczenia przez Zamawiającego ilości listków w próbce załączonej przez niego do oferty, a jedynie proponował obliczenia za pomocą wzoru, oraz twierdził, że za ilość listków w rolce odpowiada producent. Z taką argumentacją Odwołującego nie można się zgodzić – za zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wykonawca składający ofertę. Zamawiający nie zapowiedział w SIWZ, że będzie ilość listków w rolce przeliczał według wzoru („obliczeń technologicznych”), i wybrał metodę najprostszą – komisijnego przeliczenia ilości listków w próbce załączonej do oferty. Wywód Odwołującego, iż Zamawiający nie wymagał, aby „przedmiotem próbki był przedmiot wzorcowy, posiadający cechy analogiczne jak ten, który będzie przedmiotem dostawy, a jedynie w zakresie objętym badaniem w ramach kryteriów pozacenowych, w pozostałym zaś zakresie jedynie kierunkowo zgodny z tym, jaki będzie dostarczony” świadczy o niezrozumieniu istoty próbki oczekiwanej przez Zamawiającego wraz z ofertą. Próbka powinna odpowiadać temu, co zostało zaoferowane w ofercie, i być zgodna z wymogami

5

Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....