Sygn. akt: KIO 73/20

WYROK

z dnia 28 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafal Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 stycznia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 roku przez wykonawcę A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom" A. P. z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie
przy udziale wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Neoprint" W. B. z siedzibą w Stalowej Woli zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 73/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom" A. P. i z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom" A. P. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom" A. P. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 73/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, telefaksów i urządzeń wielofunkcyjnych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

26 listopada 2019 roku pod numerem 627105-N2019.

13 stycznia 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołujące z postepowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego,

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów brakujących, zawierających błędy lub budzących wątpliwości,

- art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy oraz naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza w kryterium oceny ofert. Poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty P.W. Multikom A. P. pozbawiono Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem z dnia 8 stycznia 2020 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu wskazał, że w poz. 37, 50 oraz 74-77 formularza asortymentowo cenowego Odwołujący zaproponował tonery o gorszych parametrach wydajności od oryginału.

Odwołujący w dniu 10 stycznia 2020 roku przesłał Zamawiającemu zawiadomienie na ww. czynność, które nie zostało jednak rozpatrzone. Decyzja ta nie była słuszna w ocenie Odwołującego, a Zamawiający naruszył przywołane przepisy z następujących powodów:

1) Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 6 ppkt. 3 SIWZ w celu potwierdzenia równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania w stronach, Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia dla wszystkich oferowanych zamienników kartridży czarnych i kolorowych do drukarek atramentowych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 (dla kartridży czarnych) i normy ISO 24712 (dla kartridży kolorowych) wystawione i podpisane przez producenta zamienników oraz certyfikat bezpieczeństwa CE - oznakowany znakiem CE, w przypadku gdy dostarczane materiały zawierają układy elektroniczne i podlegają pod dyrektywę EMC - wystawione i podpisane przez producenta materiałów równoważnych. Oświadczenie producenta mogło zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów kartridży.

Odwołujący złożył stosowne dokumenty, jednak dla poz. 37, 50 oraz 74-77 wskazał wydajności zawierające błędy. Instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy wskazuje, że Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, czego zaniechał. Stosownie do dyspozycji przywołanego przepisu jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Potwierdzeniem powyższego może być wskazał Odwołujący na wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 566/08. Przedłożone przez firmę Multikom wydajności zawierają błędy, w związku z powyższym na podstawie art. 26 ust, 3 ustawy Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów. Odwołujący wskazał jako przykładowe na takie działanie orzeczenie Izby - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2176/12 oraz orzeczenie o sygn. akt KIO 1662/11, w którym Izba, że katalogi potwierdzające, że oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego, można uzupełniać. Katalogi producenta zawierające określone parametry są typowymi dokumentami, których celem jest potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, a więc są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

2) Naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma obowiązek traktować wykonawców w postępowaniu przede wszystkim równo, z poszanowaniem zasad wskazanych w art. 7 ustawy również podczas badania ofert i korzystania z instrumentu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy. Skoro Zamawiający wezwał wykonawcę Zeto Rzeszów Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, to niedopuszczalne jest zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych samych dokumentów. W przypadku braków lub błędów w tego rodzaju dokumentach zamawiający zobowiązany jest wezwać wszystkich wykonawców do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, niezależnie od faktu czy ich nie było w ofercie czy zawierały błędy. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ (tak wyrok KIO z 7 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 154/12).

Odwołujący podał, że wpisanie wydajności innych (błędnych) od rzeczywistych spowodowana była wyłącznie ich dużą ilością do wpisywania. Sam Zamawiający wpisał błędne wydajności w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. W poz. 50, 74, 75, 76, 77 oryginalne wkłady drukujące mają mniejszą wydajność niż ta, którą podał Zamawiający.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 stycznia 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - 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 w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego 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; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).
Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem

zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 24 stycznia 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie".

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone wraz z odwołaniem oraz złożone i zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - wydruk (2 karty) informacji technicznych dla poz. 37 i dla poz. 50 Oświadczenia

- dowód nr 2 - (3 karty) raport z badań testów wydajności dla poz. 37, poz. 54 i 74-77 potwierdzające uzyskanie wydajności wymaganej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

V.

W zakresie zarzutów odwołania odnoszących się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77 - Izba uznała zarzuty za zasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) § 10 pkt 2 oferta w postepowania musiała zostać sporządzona według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ - Wzór oferty. Natomiast zgodnie z punktem 3 tego samego paragrafu wykonawcy mieli dołączyć do oferty dokumenty wskazane w tym punkcie, w tym między innymi określone w ppodpunkcie 3 dokumenty potwierdzające równoważność oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania w stronach, gdzie w lit. b) podał Zamawiający, że „dla wszystkich oferowanych zamienników kadridży czarnych i kolorowych do drukarek atramentowych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 (dla kadridży czarnych), i normy ISO 24712 (dla kadridży kolorowych) wystawione i podpisane przez producenta zamienników oraz certyfikatów bezpieczeństwa CE - (...) - wystawione i podpisane przez producenta materiałów równoważnych. Oświadczenie producenta może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów kadridży;"

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ - ofercie zawarł tabelę, którą uzupełniał wykonawca składający ofertę w postępowaniu. Izba zaznacza, że w treści tej tabeli Zamawiający nie wymagał podania żadnych informacji dotyczących wydajności określonych w oparciu o wskazane normy. Tym samym Zamawiający nie wymagał od wykonawcy podania jakiegokolwiek oświadczenia woli w tym zakresie w złożonej ofercie - nie oczekiwał podania takich informacji. Brak wymagania podania takich informacji w oświadczeniu wykonawcy skutkuje tym, że podane przez Odwołującego w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku wydajności nie mogą być oceniane w kontekście treści oferty stanowiącej oświadczenie wykonawcy, lecz ich ocena musi być dokonywana w kontekście dokumentów jakie składane są na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane produkty, których

żądania dopuszcza treść art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba zaznacza, że w kontekście oceny dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ambiwalentne pozostaje czy dokumenty te składane są w odniesieniu do materiałów oryginalnych czy też równoważnych do opisanych w dokumentacji postępowania. Sformalizowana procedura udzielenia zamówienia publicznego nie dopuszcza możliwości żądania przez Zamawiającego innych niż opisane ww. przepisie ustawy oraz w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie, w odniesieniu do oferowanych przez Odwołującego produktów w ofercie w pozycjach 37, 50, 74-77 tabeli 1 - podzadanie nr 1 Izba zaznacza, że wykonawca w tym przypadku jest jednocześnie producentem. Fakt, że wykonawca jest jednocześnie producentem oferowanych materiałów nie zmienia, i nie może zmieniać sposobu oceny informacji zawartych w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku, które to oświadczenie złożone jest w tym wypadku przez producenta, a nie wykonawcę składającego ofertę. Inny sposób oceny dokumentu Oświadczenia - taki jak dokonał Zamawiający - prowadziłby do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych i nierównego traktowania wykonawców, gdzie w przypadku różnych wykonawców w różny sposób dokonywana byłaby ocen założonych dokumentów.

Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny dokumentów i w sposób nieuprawniony potraktował treść Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku, treść oświadczenia producenta, jako treść oferty wykonawcy. Zamawiający w ocenie Izby, mógł skorzystać z procedury art. 26 ust. 4 i wyjaśnić zaistniała okoliczność co do wydajności, a w konsekwencji powinien był wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, przy czym podkreślenia wymaga, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy jest obligatoryjna.

W konsekwencji powyższych naruszeń doszło również do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba za niezasadny uznała zarzut w odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy, bowiem nie wykazał Odwołujący braku obiektywizmu i bezstronności po stronie osób związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielnie zamówienia. W ocenie Izby nie można utożsamiać bezstronności i obiektywizmu z nieprawidłowym, błędnym podejmowaniem przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności do jakich był obowiązany - a do jakich to naruszeń doszło w tej przedmiotowej procedurze o udzielnie zamówienia publicznego. Brak obiektywizmu i bezstronności w działaniu osób musi być wykazany i nie może być domniemywany z sumy innych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu ewentualnego nie podlega rozpoznaniu.

Izba wskazuje, że odwołanie w przedmiotowej sprawie - mimo uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77 - zostało oddalone z uwagi na to, że dokonana ocena zarzutów odwołania, z uwagi na brak podniesienia przez Odwołującego zarzutów i argumentacji w stosunku do wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, nie ma wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postepowania o udzielnie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie zakwestionował czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu zaoferowany przedmiot zamówienia w pozycji 96 Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku. Zamawiający w piśmie z dnia 8 stycznia 2020 roku - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał w tiret piata uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego uzasadnienia w zakresie niespełnienia wymagań przez oferowany produkt

w pozycji 96 w odniesieniu do parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Zamawiający wskazał również, że wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 2 500 stron a produktu oryginalnego to 25 000 stron.

W ocenie Izby w zarzutach odwołania jak również w uzasadnieniu odwołania brak jest jakiegokolwiek odniesienia do pozycji 96, w tym informacji zawartych w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku. W żaden sposób Odwołujący nie odniósł się do ww. faktycznej podstawy odrzucenia w odniesieniu do bębna światłoczułego, nie przedstawił jakiegokolwiek stanowiska, nie podał nazwy pozycji czy jest numeru, tak jak uczynił to w przypadku pozostałych kwestionowanych pozycji. Nie wyjaśnił również dlaczego nie odnosi się do tej podstawy fatycznej odrzucenia oferty. Samo załączenie do odwołania załącznika w postaci Karty katalogowej produktu nie stanowi postawienia zarzutu odwołania i jego uzasadnienia i nie może być tak traktowane przez Izbę.

W zasadzie, co należy podkreślić, Odwołujący nie zakwestionowała jednej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty z postępowania wskazanej przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której wykonawca zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania - konieczność przedawnienia tych wymaganych ustawą elementów uwarunkowana jest również tym, że Izba orzeka jedynie co do zarzutów zawartych odwołaniu w odwołaniu, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy. Tym samym jak nie ma jakiegoś zarzutu w odwołaniu, nie ma podniesionej argumentacji Odwołującego to Izba nie może orzekać w tym zakresie, tak jest właśnie w tym przypadku Izba nie mogła orzekać względem pozycji 96 oferty. Izba zaznacza, co jest ugruntowane w orzecznictwie Izby oraz Sadów Powszechnych, że brak podniesienia w odwołaniu skonkretyzowanego zarzutu nie może być wywodzony z sumy innych podnoszonych zarzutów czy wskazywanych naruszeń prawa, nie może stanowić wypadkowej podnoszonych zarzutów czy też zarzut nie może być poszukiwany przez Izbę i wywodzony z załączników do odwołania. W wyroku Sąd Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2016 roku sygn. akt XXIII Ga 1875/15 podał, że "Zarówno granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia" (por. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r., I Ca 117/12, niepubl.).

Brak wskazania przez Odwołującego w zasadzie jakiejkolwiek argumentacji w odniesieniu do pozycji 96 oferty i Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku w ocenie Izby doprowadziło do tego, że Odwołujący nie zakwestionował w tym zakresie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym nie mogło to doprowadzić do zmiany wyniku postepowania o udzielnie zamówienia publicznego, mimo zasadności podniesionych zarzutów, bowiem pozostała podstawa faktyczna odrzucenia oferty, która nie była kwestionowana.

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 ust. 3 pkt 2w sprawie

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....