

WYROK
z 12 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 8 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 czerwca 2021 r. przez wykonawcę Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza z siedzibą w Poznaniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mega Plus - Profesjonalne Usługi Porządkowe M. D. z siedzibą w Poznaniu oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wielobranżowych Pitt Star P. S. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Sygn. akt: KIO 1824/21

Uzasadnienie

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza z siedzibą w Poznaniu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę sprzątnięcia i utrzymania czystości w budynkach UAM - przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części: Cz. 1 - sprzątnięcie Collegium Mathematicum, Cz. 2 - sprzątnięcie Collegium Biologicum, Cz. 3 - sprzątnięcie Collegium Physicum, Cz. 4 - sprzątnięcie Centrum Zaawansowanych Technologii”, numer: ZP/2215/U/20, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 048-120770. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 czerwca 2021 r. wykonawca Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie dotyczące części 1, 2 i 3 postępowania, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp przez:

- A. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek papieru toaletowego, w sytuacji uzasadniającej taką konieczność - tj. stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności próbki z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu minimalnej wagi rolki papieru toaletowego;
- B. podjęcie działań noszących znamiona godzących w zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez brak uregulowania w sposób precyzyjny zasad dokonywania badania i oceny składanych w postępowaniu próbek, w tym w szczególności papieru toaletowego oraz brak możliwości udziału wykonawców w tym procesie.

2. art. 226 ust. 5 w zw. z art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta, w tym przedmiotowe środki dowodowe, odpowiadały warunkom zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w części 1, 2 i 3 postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mega Plus - Profesjonalne Usługi Porządkowe M. D. z siedzibą w Poznaniu oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Wielobranżowych Pitt Star P. S. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący),
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego części 1, 2 i 3 postępowania,
3. dokonania ponownej oceny ofert, w tym wezwania do złożenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących jego oferty i złożonych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych w postaci papieru toaletowego.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania wykonawcy zobowiązani będą do wykonywania usługi utrzymania czystości przy użyciu środków preferowanych przez Zamawiającego, zgodnie z załącznikiem A, B, C, D do SWZ

lub przy użyciu środków czystości równoważnych. Środki czystości zaoferowane do realizacji usługi musiały spełniać wymagania Zamawiającego zawarte w załącznikach A, B, C, D do SWZ. Obowiązkiem wykonawców było dostarczyć do siedziby Zamawiającego do upływu terminu składania ofert próbki środków czystości.

Jedną z próbek stanowić miała rolka papieru toaletowego (dla części od 1 do 3) o wadze dopuszczanej przez Zamawiającego - nie mniejszej niż 0,39 kg.

Odwołujący wypełnił nałożony na niego obowiązek składając Zamawiającemu w wyznaczonym dla tego terminie próbkę w postaci rolki papieru toaletowego Profit Flesz 2wEKO wyprodukowanej przez Flesz sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Rolka ta, co oczywiste, została przed przekazaniem jej Zamawiającemu dokładnie zbadana z uwzględnieniem każdego z określonych dokumentacją postępowania kryteriów, w tym w szczególności kryterium wagi. Rolka spełniała wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego kryteria.

Badanie rolki papieru przed jej przekazaniem Zamawiającemu wykonane zostało z należytą starannością, przy wykorzystaniu wszelkich możliwych służących temu narzędzi.

Odwołujący przy doborze papieru toaletowego posłużył się w pierwszej kolejności kartą produktu dedykowaną dla Profit Flesz 2w EKO (Indeks: 1.02.016), która wyraźnie opisywała wszystkie wartości tego produktu.

Odwołujący poprosił firmę Flesz Sp. z o.o. o dostarczenie produktu odpowiadającego warunkom stawianym przez Zamawiającego. Praktyką Odwołującego jest - w sytuacjach

to uzasadniających - prowadzenie weryfikacji próbek w sposób wieloetapowy. Pierwsze badanie odbyło się bezpośrednio u producenta. Odwołujący załączył do odwołania materiał dowodowy z tego badania - fotografie oraz nagranie filmowe. Badanie zostało wykonane

przy zastosowaniu certyfikowanych urządzeń pomiarowych, co gwarantowało ich rzetelność. Odwołujący, po akceptacji wyników badania, zamówił w firmie Flesz Sp. z o.o. opakowanie papieru toaletowego, które osobiście w siedzibie tej firmy odebrał. Pozyskane w ten sposób rolki zostały ponownie zbadane w siedzibie Odwołującego. Zweryfikowano każdy z parametrów papieru toaletowego, w tym w szczególności jego szerokość, długość oraz - co najważniejsze - jego wagę. Wynik pomiaru był prawidłowy, tj. klasyfikujący produkt jako odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem pytań i odpowiedzi).

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej próbki papieru toaletowego w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, mimo, że było to całkowicie uzasadnione okolicznościami sprawy. Sam fakt otrzymania próbki o wadze niższej

niż wymagana, winna być podstawą do wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający powinien rozwiać wątpliwości dotyczące złożonego środka dowodowego wiedząc, że Odwołujący jako profesjonalista nie mógł przecież celowo złożyć próbki o parametrach dyskwalifikujących jego ofertę. Złożenie nieprawidłowej próbki niewyczerpywałoby przecież starania wykonawcy o pozyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał na fakt, że inne aspekty oceny złożonych próbek były przez Zamawiającego wyjaśniane - np. pH zaoferowanego mydła. Odwołujący został wezwany

do złożenia wyjaśnień w zakresie tego parametru i udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, która została uznana za odpowiednią i niwelującą zaistniałe wątpliwości. Zamawiający w treści wezwania powołał się na art. 107 ust. 2 Pzp, ale w ocenie Odwołującego wątpliwości rozstrzygane były właśnie w trybie art. 107 ust. 4 Pzp. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego było określenie przez Zamawiającego, że „nie ma możliwości uzupełnienia próbek, gdyż ocena techniczna próbek stanowi kryterium oceny ofert (art. 107 ust. 3 ustawy Prawo-zamówień Publicznych)”. Zamawiający nie mógł zatem dokonywać czynności wbrew postanowieniom dokumentacji postępowania i przepisów Pzp.

Odwołujący wskazał również na brak precyzyjnego określenia przez Zamawiającego zasad, w oparciu o które dokonywać miał analizy próbek. Nie zostały określone tak istotne kwestie jak:

- sposób dokonania pomiarów;
- rodzaj urządzeń, którymi Zamawiający dokona pomiarów;
- zasady kontroli takich badań ze strony wykonawców;
- możliwość udziału wykonawców w procesie weryfikacji ich próbek.

Zamawiający miał tym samym możliwość jednostronnego i arbitralnego kształtowania wyników oceny złożonych mu próbek. Odwołujący, przekonany, że złożył prawidłową próbkę papieru toaletowego nie miał żadnego wpływu na to co się z stało nią po doręczeniu Zamawiającemu. Odwołujący nie miał możliwości uczestniczenia w czynnościach weryfikujących próbkę, ani też dokonania oceny ich prawidłowego przebiegu. Zdaniem Odwołującego nie dało się wykluczyć, że Zamawiający w sposób zbyt mało precyzyjny ocenił próbki lub nawet dokonał pomiarów w sposób obarczony błędem.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy niezależnie od dochowania należytej staranności i działań zmierzających do ochrony ich interesów, nie mieli żadnego wpływu na to jak ich próbki oceni Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że kryteriami oceny papieru toaletowego, którymi posłużył się Zamawiający były:

- niski stopień pylności,
- spistość,
- łatwość rwania bez kruszenia,
- delikatność,
- miętkość,
- rozpadanie się w wodzie bez powodowania zapychania.

Wszystkie te kryteria obrazowały w jak dużym stopniu punktacja zależała od subiektywnych odczuć członków komisji weryfikującej i oceniającej próbki. Nie sposób powyższych kryteriów uznać za możliwe do oceny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości.

W ocenie Odwołującego brak określenia szczegółowych zasad dotyczących oceny próbek oraz wykazana dowolność w tym procesie naruszała zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

5 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp - wybrano ofertę najkorzystniejszą,

niepodlegającą odrzuceniu, z najwyższą sumą punktów za kryteria oceny ofert określone w specyfikacji warunków zamówienia.

Ocena złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek środków czystości wykazała, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

Próbka papieru toaletowego Odwołującego została zważona przez członków komisji przetargowej na wadze laboratoryjnej, znajdującej się na Wydziale Biologii UAM. Próbka miała wagę 374 g, była nienaruszona i opatrzona pieczętką Odwołującego. Jako dowód powyższego Zamawiający wskazał złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie załączniki:

1. zdjęcie próbki papieru toaletowego, potwierdzające jej integralność i nienaruszalność;
2. oświadczenia członków komisji przetargowej dotyczące dokonania czynności oceny próbki papieru toaletowego, złożonej przez Odwołującego;
3. zdjęcia z powtórnego ważenia próbki papieru toaletowego złożonej przez Odwołującego dokonanego na dwóch wagach laboratoryjnych 22 czerwca 2021 r. - po wpłynięciu odwołania dokonano kontrolnej, ponownej weryfikacji wagi próbki.

Zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku A, B, C do SWZ waga rolki papieru toaletowego miała wynosić min. 0,45 kg, ale w związku z pytaniem wykonawcy i odpowiedzią na pytanie nr 1 z 29 marca 2021 r., Zamawiający ostatecznie dopuścił papier o wadze rolki minimum 0,39 kg. Próbka papieru złożona przez Odwołującego nie spełniała powyższego wymogu. Zamawiający zobowiązany był zatem odrzucić ofertę Odwołującego złożoną na części 1, 2, 3 postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp jako ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia.

Z załączonej do odwołania karty produktu z dn. 8 kwietnia 2021 r. wynikało, że producent dopuszczał tolerancję podanych parametrów o +/- 5%, co - przy podanej w karcie wadze na poziomie 395 g oznaczało, że minimalna deklarowana przez producenta waga wynosiła 375,25 g - produkt niewątpliwie nie spełniał wymogów Zamawiającego.

Zamawiający zakwestionował przydatność dowodową złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem fotografii dokumentujących pomiary produktu. Miarodajnymi dla oceny produktu na potrzeby postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego były wyłącznie pomiary konkretnej próbki złożonej przez wykonawcę na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, a ta mogła odbiegać parametrami od innych egzemplarzy produktu. To wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego obciążał wymóg należytej staranności w ramach procedury ubiegania się o udzielenie zamówienia, w tym - w szczególności - weryfikacji próbki przed jej złożeniem pod kątem spełniania wymagań charakterystyki produktu, czego Odwołujący niewątpliwie nie dochował.

Zdaniem Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia przez niego wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek papieru toaletowego. Zamawiający nie miał wątpliwości, że Odwołujący zaoferował papier toaletowy niezgodny z warunkami zamówienia. Ważenie próbki papieru odbyło się na precyzyjnych wagach laboratoryjnych, stanowiących wyposażenie Wydziału Biologii UAM i Zamawiający nie miał jakichkolwiek wątpliwości, co do poprawności pomiaru i jego wyników - szczególnie, że rozbieżność względem minimalnej wagi oczekiwanej przez Zamawiającego była nieznaczna. Wyjaśnianie treści przedmiotowych środków dowodowych jest uprawnieniem Zamawiającego, a nie obowiązkiem i nie może prowadzić do zmiany treści oferty czy oczekiwanej specyfikacji produktu. Wbrew twierdzeniu Odwołującego zawartym w odwołaniu, niezgodność próbki z opisem przedmiotu zamówienia nie obowiązywała Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, lecz do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako oferty, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia.

Ewentualne zażądanie wyjaśnień byłoby bezcelowe i bezprzedmiotowe - nie wpłynęłoby na charakterystykę wagową złożonej próbki. Dla dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu konieczne byłoby w istocie dokonanie zmiany próbki w ramach składanych wyjaśnień, co byłoby niedopuszczalne. Odwołujący nie określił nawet na czym miałyby polegać ewentualne złożone wyjaśnień i czego w istocie miałyby się one dotyczyć, skoro ocena produktu pod względem wagi miała charakter jednoznaczny, a jakiegokolwiek ewentualne wyjaśnienia pozostawałyby bez wpływu na jej wynik.

Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z 5 maja 2021 r. dotyczyło zupełnie innej sytuacji tj. braku informacji o pH zaoferowanego mydła, a zatem wezwanie w tym zakresie mieściło się w dyspozycji art. 107 ust. 2 Pzp z uwagi na niekompletność złożonego przedmiotowego środka dowodowego w postaci kart charakterystyki produktu. Natomiast złożona próbka środka czystości w postaci papieru toaletowego była kompletna, ale niezgodna z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego.

Zarzut dotyczący naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez brak uregulowania w sposób precyzyjny zasad oceny składanych w postępowaniu próbek oraz dokonania ich oceny w sposób uniemożliwiający ich kontrolę był nietrafny. Zamawiający zawarł w SWZ opis kryteriów, którymi się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W opinii Zamawiającego opis ten był jasny i czytelny, a jednocześnie uwzględniał konieczność stosownej weryfikacji jakości oferowanych produktów. Żaden z wykonawców nie wniósł odwołania na postanowienia SWZ w zakresie sposobu oceny próbek środków czystości. Termin na wniesienie odwołania na postanowienia SWZ w zakresie sposobu oceny ofert w ramach kryteriów oceny upłynął 22 marca 2021 r. Nie wpłynęło również żadne pytanie dotyczące treści SWZ w tym zakresie, co potwierdzało, że opis sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert był jasny. Odwołujący nie złożył wniosku o wgląd do próbek środków czystości złożonych przez pozostałych wykonawców, ani o udział w czynnościach oceny ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505

ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z częścią III pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia w ramach części od 1 do 3 jest: sprzątanie Collegium Mathematicum, sprzątanie Collegium Biologicum oraz sprzątanie Collegium Physicum.

W części III SWZ Zamawiający wskazał m. in.:

„4. Wykonawca jest zobowiązany do wykonywania usługi utrzymania czystości przy użyciu środków czystości preferowanych przez Zamawiającego, zgodnie z załącznikami A, B, C, D do SWZ lub przy użyciu środków czystości równoważnych. Środki czystości zaoferowane do realizacji usługi muszą spełniać wymagania Zamawiającego zawarte

w załącznikach A, B, C, D do SWZ

5. Wykonawca w formularzu oferty (zał. nr 1 do SWZ) oświadczy jakie środki czystości będą stosowane do realizacji zamówienia.

6. Wykonawca dostarczy wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart charakterystyki środków czystości/opisów środków czystości (w przypadku gdy dany środek nie posiada karty charakterystyki) umożliwiające ocenę zgodności oferowanych środków z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ. Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Tym samym, zgodnie z przytoczonym wyżej punktem 6 ocena zgodności z OPZ spornego papieru toaletowego nastąpić miała na podstawie karty charakterystyki produktu.

W części XIII SWZ Zamawiający przewidział, że oferty będą oceniane w ramach następujących kryteriów:

1. Cena brutto oferty – waga 60%,

2. Jakość - ocena techniczna środków czystości – waga 40%.

Punkty w ramach kryterium jakości miały być przyznawane według wzoru:

łącznie liczba punktów badanej oferty w tym kryterium

$J = \frac{\text{liczba punktów}}{\text{maksymalna liczba punktów}} * 100 \text{ pkt} * 40\%$

największa liczba punktów

otrzymanych przez ofertę w tym kryterium

Zgodnie z opisem kryteriów zawartym w części XIII SWZ: „Punkty będą przyznawane przez wyznaczonych przez Zamawiającego członków Komisji Przetargowej w opisanym poniżej sposób na podstawie próbek środków czystości, wymaganych zgodnie z rozdziałem III pkt. 7 SWZ oraz w rozdziałem VI pkt. 2 SWZ. Ilość punktów do zdobycia:

1) próbka papieru toaletowego – max. 6 punktów,

2) próbka ręczników papierowych – max. 6 punktów,

3) próbka mydła w płynie – max. 6 punktów,

4) emulsja na bazie polimerów do nabłyszczania i zabezpieczania podłóg – max. 6 punktów,

5) preparat do codziennego mycia toalet – max. 6 punktów,

6) preparat do maszynowego, codziennego mycia i pielęgnacji podłóg – max. 6 punktów.

Ocena próbek papieru toaletowego miała uwzględniać:

1. niski stopień pyłności, spoisty, łatwość rwania bez kruszenia,

2. ilość warstw,

3. delikatność, miękkość,

4. rozpadający się, w wodzie nie powodujący zapychania,

5. kolor biały min. 65%,

6. kolor szary.

Część III SWZ w punkcie 7 zawierała wymóg:

„Wykonawca dostarczy do siedziby Zamawiającego do upływu terminu składania ofert próbki środków czystości. Wykaz wymaganych próbek został zawarty w rozdziale VI pkt. 2 SWZ – poz. 7 tabeli. Niedostarczenie do wyznaczonego terminu próbek środków czystości skutkować będzie odrzuceniem oferty. Nie ma możliwości uzupełnienia próbek, gdyż ocena techniczna próbek stanowi kryterium oceny ofert (art. 107 ust. 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych). Próbki muszą być opisane (nazwa wykonawcy, rodzaj środka czystości – etykieta lub/i nazwa lub numer porządkowy wg tabeli zawartej w pkt. 3 formularza oferty)”.

Oceniając zasadność zarzutów odwołania Izba wzięła pod uwagę w szczególności następujące postanowienia SWZ oraz Opisu przedmiotu zamówienia:

I. Część VI SWZ w zakresie dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych:

„Próbki środków czystości wymagane w celu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert – dotyczy środków czystości wskazanych w załączniku A, B, C, D do SWZ:

a) 1 szt. papieru toaletowego (1 rolka) - zgodnie z opisem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SWZ – dotyczy części 1, 2, 3 (...)”.

II. Załącznik A, B i C - Opis przedmiotu zamówienia cz. 1, 2 i 3 w zakresie dotyczących papieru toaletowego:

„Dostarczane środki czystości i środki do dezynfekcji muszą być nie gorszej jakości niż:

1. Papier toaletowy – duże rolki, dobrej jakości: (...)

f) waga rolki papieru min. 0,45 kg (...)”.

29 marca 2021 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ zadane przez wykonawców:

Pytanie nr 1:

„Zwracamy się z uprzejmą prośbą o zmianę zapisów dotyczących wielkości gramatury ręczników papierowych oraz wagi rolki papieru (...). Nasza prośba podyktowana jest utrudnieniami jakie są obecnie na rynku z dostępnością

materiałów o takich parametrach jak wymaga w SWZ Zamawiający. Użycie takich wartości w naszej opinii ogranicza w znaczny sposób możliwość konkurowania ze sobą oferentów oraz możliwość złożenia oferty przez mniejszych przedsiębiorców.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza gramaturę ręczników minimum 36 g/m² +/- 5% oraz papier toaletowy o wadze rolki papieru minimum 0,39 kg, szerokości wstęgi minimum 8,8 cm i wykonany z makulatury. Pozostałe parametry nie ulegają zmianie. Zamawiający nie dopuszcza papieru toaletowego wykonanego z celulozy”.

Pytanie nr 2:

„Prosimy o dopuszczenie dla materiałów higienicznych opisanych w załącznikach A,B,C,D tolerancji parametrów +/-5%.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę, pytanie jest zbyt ogólne”.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej wymogi zawarte w SWZ, Opisie przedmiotu zamówienia oraz w wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego 29 marca 2021 r. Izba ustaliła,

co następuje:

- 1.Próbka papieru toaletowego miała zostać złożona na potrzebę oceny oferty w ramach odpowiedniej części kryterium jakości, a nie na potwierdzenie zgodności oferty z wymogami SWZ.
- 2.Niezłożenie próbki wraz z ofertą miało skutkować odrzuceniem oferty, a nie nieprzyznaniem punktów w ramach oceny oferty w kryterium. Odrzucenie oferty miało w takiej sytuacji być niezależne od uznania na podstawie kart oferowanych produktów, że są one zgodne z wymogami SWZ i OPZ
- 3.Próbki papieru miały odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia (tj. Załączniki A, B i C do SWZ), z uwzględnieniem zmiany oczekiwanej wagi papieru. Próbki miały zatem ważyć nie mniej niż 390 g.

Izba uznała ponadto, na podstawie przytoczonych wyżej postanowień, że złożenie próbki nieodpowiadającej wymogom Opisu przedmiotu zamówienia miało być traktowane jako niezłożenie próbki i skutkowało odrzuceniem oferty.

Mimo braku w SWZ informacji o sposobie w jaki Zamawiający zamierzał weryfikować zgodność próbek z wymogami nie budziło wątpliwości, że Zamawiający miał obowiązek zbadania czy próbki spełniają określone w Opisie przedmiotu zamówienia parametry. Powyższe wynika z ustanowienia sankcji odrzucenia oferty w przypadku złożenia nieodpowiadającej OPZ próbki. Skoro Zamawiający zamierzał w takim przypadku odrzucać oferty to oczywistym jest, że obowiązany był do badania próbek pod kątem zgodności

z postawionymi wymogami. Zaniechanie takiej oceny prowadziłoby do pozostawienia

w postępowaniu ofert podlegających odrzuceniu i byłoby tożsame z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący złożył dowody (fotografie oraz nagranie) na potwierdzenie, że złożona Zamawiającemu wraz z ofertą próbka ważyła 390 g. Odwołujący w toku rozprawy wyjaśnił,

że dowody prezentują pomiar dokonany przez producenta, nie był jednak w stanie podać żadnych szczegółów technicznych tak wykorzystanej wagi, jak i sposobu przeprowadzonego pomiaru. Z tego względu w ocenie Izby nie można było uznać, że Odwołujący udowodnił

za pomocą dowodów o charakterze obiektywnym, że złożona Zamawiającemu próbka ważyła 390 g. Bez wykazania, że

użyta do pomiaru waga była wiarygodna oraz, że została

ona wykorzystana w sposób gwarantujący miarodajny wynik nie da się stwierdzić, że wynik ważenia był prawidłowy.

Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie złożył z kolei fotografie, z których

wynikało, że próbka papieru toaletowego Odwołującego ważyła 375,37 g (pierwszy pomiar) oraz 375,74 g (drugi pomiar).

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że ma ze sobą sporną próbkę papieru toaletowego oraz wagę, na której dokonał pomiaru udokumentowanego złożonymi z odpowiedzią na odwołanie dowodami. Zamawiający do decyzji składu orzekającego pozostawił potrzebę przeprowadzenia dowodu z ważenia próbki papieru złożonej przez Odwołującego, sam nie wniósł o przeprowadzenie takiego dowodu.

Rolą Izby nie jest wyrażanie stron w zakresie dowodzenia słuszności ich stanowisk. Z tego względu Izba nie zarządziła przeprowadzenia dowodu z ważenia spornej próbki. Wskazać jednak należy, że Odwołujący miał w tej sytuacji możliwość wniesienia o przeprowadzenie takiego dowodu w toku rozprawy, ale tego nie uczynił.

Podkreślenia wymaga również, że zgodnie ze złożoną przez Odwołującego kartą

produktu dotyczącego papieru toaletowego jedna rolka ważyć powinna 395 g z tolerancją

+/- 5%. Co za tym idzie rolka papieru ważąca 375 g byłaby pełnowartościowym produktem. Odwołujący powinien mieć zatem świadomość, że składa wraz z ofertą próbkę, która zgodnie z kartą produktu może ważyć znacząco mniej niż postawione przez Zamawiającego minimum.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała stanowisko Zamawiającego dotyczące uzyskanego wyniku ważenia próbki papieru za wiarygodne. Z drugiej strony Odwołujący nie udowodnił, mimo, że to na nim spoczywał ciężar dowodu, że wraz z ofertą złożył próbkę papieru spełniającą wymogi OPZ. Z tego też względu Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp odrzucając ofertę Odwołującego.

Zarzut nr 1 lit. A dotyczył zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej przez niego próbki papieru toaletowego, w sytuacji stwierdzenia przez Zamawiającego jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu minimalnej wagi. Izba oddaliła ten zarzut jako niezasadny. Wobec opisanego wyżej stanu faktycznego nie budzi wątpliwości Izby, że próbka papieru toaletowego, którą złożył wraz z ofertą Odwołujący nie odpowiadała wymogom OPZ. Konsekwencją tego faktu, wobec przyjętych przez Zamawiającego zasad oceny próbek, musiało być odrzucenie oferty.

Zgodnie z art. 107 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Z treści przepisu jednoznacznie wynika, że wezwanie do złożenia wyjaśnień to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Zatem to zamawiający decyduje kiedy okoliczności związane z prowadzonym postępowaniem uzasadniają dokonanie wezwania wykonawcy do złożenia określonych wyjaśnień.

O ile możliwa jest sytuacja, że odstąpienie od takiego wezwania byłoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to w ocenie Izby na gruncie badanej sprawy nie miało to miejsca. Wynik ważenia próbki papieru uzyskany przez Zamawiającego był zgodny z zadeklarowanym przez producenta papieru dopuszczalnym zakresem odstępstw od nominalnej wagi 395 g. Zamawiający nie miał zatem oczywistych powodów by uznać,

że wynik pomiaru obligował go do wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących tego wyniku. Nie wiadomo też co w takiej sytuacji miałby wyjaśnić Odwołujący – w odwołaniu brak jest wskazania jaka okoliczność wymagała wyjaśnienia. Odwołujący nie kwestionował przy tym wiarygodności sposobu oraz wyniku pomiaru Zamawiającego i nie skorzystał z możliwości wykazania w toku rozprawy, że pomiar ten był błędny.

Zarzut nr 1 lit. B został uznany przez Izbę za spóźniony. De facto argumentacja Odwołującego sprowadzała się do kwestionowania postanowień SWZ, mimo, że termin do wniesienia odwołania przeciwko treści specyfikacji już upłynął. Z tego względu zarzut – jako wniesiony

po upływie ustawowego terminu - został oddalony. Izba oceniła postępowanie Zamawiającego w zakresie oceny próbki Odwołującego i uznała, że czynności zostały przeprowadzone

w sposób zgodny z zasadami określonymi w SWZ. Zasady te nie były kwestionowane przez wykonawców i ze względu na upływ terminu do wniesienia odwołania przeciwko treści SWZ stały się obowiązujące.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 5 w zw. z art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta, w tym przedmiotowe środki dowodowe, odpowiadały warunkom zamówienia. Wobec ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo – biorąc pod uwagę przytoczone wyżej odpowiednie postanowienia SWZ – uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Złożona przez Odwołującego wraz z ofertą próbka papieru toaletowego nie odpowiadała wymogowi wagi minimalnej, co zgodnie z mechanizmem ustanowionym przez Zamawiającego, prowadzić musiało do odrzucenia oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania

ze szczególnym uwzględnieniem z następujących dokumentów:

1. SWZ oraz pytań wykonawców dotyczących treści SWZ wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego z 29 marca 2021 r.,
2. Załączników A, B i C – Opisu przedmiotu zamówienia dla części 1, 2 i 3 postępowania,
3. karty produktu dotyczącej papieru toaletowego złożonego przez Odwołującego w charakterze próbki.

Ponadto Izba przeprowadziła dowód z fotografii i dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Izba przeprowadziła również dowód ze złożonego przez Odwołującego nagranie filmowe dokumentującego pomiar wagi papieru toaletowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b)

w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....