Sygn. akt: KIO 183/16

WYROK
z dnia 24 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2016 r. przez wykonawcę **Biuro Plus S.A. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Lyreco Polska S.A. w Sokołowie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa z siedzibą w Krakowie** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biuro Plus S.A. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Biuro**

Plus S.A. w Poznaniu kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 183/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa z siedzibą w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 28 listopada 2015 r., nr 2015/S 231-419507.

W dniu 1 lutego 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Biuro Plus S.A. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym", o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu, zwanego dalej „przystępującym Partner". Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta odwołującego, na trzecim miejscu sklasyfikowano ofertę wykonawcy Lyreco Polska S.A. w Sokołowie, zwanego dalej „przystępującym Lyreco", zaś na miejscu czwartym – ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach i Europapier-Impap sp. z o.o. w Tczewie, zwanych dalej „wykonawcą KBK".

Wobec:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Partner,
2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego Partner, przystępującego Lyreco i wykonawcy KBK,
3) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania przystępującego Partner oraz wykonawcy KBK,
4) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
5) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego Partner i wykonawcy KBK do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń celem wykazania warunków udziału w postępowaniu,
6) zaniechania przez zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego

odwołujący wniósł w dniu 11 lutego 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie niewykluczenia przystępującego Partner ze względu na niewykazanie spełnienia

warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i dysponowania zdolnością finansową oraz zaniechanie wykluczenie wykonawcy KBK ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 potwierdzających spełnienie warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej;
3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przystępującego Partner, którego oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia;
4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Partner zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Partner, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), w zakresie nieprawdziwego oznaczenia jakości oraz innych cech oferowanych brulionów odnośnie gramatury papieru, co wyczerpuje także przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Lyreco, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zakresie nieprawdziwego oznaczenia jakości oraz innych cech oferowanych brulionów odnośnie gramatury papieru, co wyczerpuje także przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych

informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
7) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KBK, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zakresie nieprawdziwego oznaczenia jakości oraz innych cech oferowanych brulionów odnośnie

gramatury papieru, co wyczerpuje także przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz przestanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
8) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Partner z powodu nie wskazania części zamówienia, które ww. wykonawca powierzy podwykonawcy mimo, że zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca, który będzie realizował części zamówienia przy udziale podwykonawcy powinien wskazać te części (jeżeli korzysta z podwykonawców);
9) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji oraz zasady udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp w tym przez błąd w ustaleniach faktycznych i prawnych, polegający na wadliwej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz treści oferty przystępującego Partner, przystępującego Lyreco oraz oferty wykonawcy KBK.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego Partner,
2) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego Partner i wykonawcę KBK, w tym nakazanie zamawiającemu wezwanie ww. wykonawców do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp:
- Wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert - potwierdzających, że w/w wykonawcy posiadają wiedzę i doświadczenie wymagane przez zamawiającego;
oraz
przystępującego Partner do uzupełnienia:
- Informacji banku lub spółdzielczej kast oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000 PLN - potwierdzających, że ww. wykonawca posiada zdolność finansową i ekonomiczną wymaganą przez zamawiającego,
3) wykluczenia przystępującego Partner i wykonawcy Lyreco oraz wykonawcy KBK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w odniesieniu do właściwości oferowanych zamawiającemu brulionów,
4) powtórzenia czynności badania oferty przystępującego Partner w tym nakazanie zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w

stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnienia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności wyjaśnienie przyczyn sprawiających, że wynagrodzenie (cena oferty) ww. wykonawcy netto jest niższe o przeszło 30% od wartości zamówienia,
5) wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego Partner na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6) wykonanie czynności odrzucenia oferty Partner na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niewskazania części zamówienia, które ww. wykonawca powierzy podwykonawcy mimo, że zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca powinien wskazać

te części oraz w zakresie niezgodności oferowanych brulionów z wymaganiami SIWZ,
7) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty przystępującego Partner, oferty przystępującego Lyreco oraz wykonawcy KBK.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ dotyczącym warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, iż uzna warunek za spełniony, „(...) jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwie dostawy (rozumiane jako dwie umowy) materiałów biurowych - o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto (...) każda". Przy czym na uwagę zasługuje zapis w SIWZ, którym to zamawiający precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem „materiały biurowe" - Zamawiający rozumie wszelkiego rodzaju materiały biurowe, papier kserograficzny, koperty". Tymczasem w załączonym do oferty przystępującego Partner wykazie dostaw wskazano na dwie dostawy z których:
- jedna dotyczy dostawy tylko papieru ksero,
- druga dotyczy dostawy tylko materiałów biurowych.

Zdaniem odwołującego z treści SIWZ wynika, że każda z dwóch dostaw w sensie dwóch umów powinna obejmować materiały biurowe, w tym co najmniej materiały biurowe, papier ksero, koperty. Tymczasem przystępujący Partner wykazał jedną umowę na dostawę tylko papieru kserograficznego, bez materiałów biurowych, kopert. Natomiast drugą umowę tylko na materiały biurowe bez papieru kserograficznego, kopert. Dostawy, które zaprezentował nie potwierdzają, że wykonawca ten ma doświadczenie w wykonywaniu umów obejmujących różnorodny asortyment materiałów biurowych, z którym mamy do

czynienia przy realizacji zamówienia dla sądów powszechnych. Temu służyło doprecyzowanie zawarte w SIWZ które jest wiążące dla wykonawców.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z treścią opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w przypadku sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający stwierdził, że „warunek dot. sytuacji finansowej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000, zł (...)". Tymczasem z załączonej opinii bankowej wynika, że choć na dzień sporządzenia opinii Partner posiada określoną zdolność kredytową to z dalszej części opinii wynika, że: „Bank nie ponosi również odpowiedzialności za skutki decyzji lub działań podjętych na podstawie niniejszej opinii. Niniejszy list nie stanowi oferty w rozumieniu prawa cywilnego i nie jest żadnym zobowiązaniem do udzielenia kredytu lub wystawienia gwarancji bankowej. Wszelkie decyzje kredytowe dotyczące zaangażowania Banku w stosunku do Firmy będą przedmiotem szczegółowej analizy kredytowej i będą podlegały procedurze obowiązującej w Raiffeisen Bank Polska S.A.". Zdaniem odwołującego, zastrzeżenia zawarte na końcu opinii de facto oznaczają, że ustalenie zdolności kredytowej wymaga „szczegółowej analizy kredytowej" co wymaga uzupełnienia Informacji banku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdzającej jednoznacznie posiadaną przez przystępującego Partner zdolność kredytową (lub posiadane środki finansowe). Opinia bankowa wydana w stosunku do wykonawcy nie potwierdza zdolności finansowej, a faktyczna zdolność kredytowa będzie podlegała odrębnej procedurze. Tym samym na dzień składania ofert wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału.

W dalszej części odwołania odwołujący argumentował, że przystępujący Partner oświadczył, że powierzy podwykonawcom do wykonania część zamówienia w zakresie „bieżącej realizacji dostaw". Użyte sformułowanie nie daje wiedzy zamawiającemu, którą część zamówienia firma Partner zamierza powierzyć podwykonawcom. Taką częścią może być dostawa papieru ksero, dostawa długopisów, świadczenie usług transportowych, świadczenie usług załadowczych tzw. świadczenie nazwane, a nie „bieżąca realizacja dostaw". Użyty zwrot nie informuje, która część zamówienia będzie powierzona podwykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wynagrodzenie netto - cena oferty przystępującego Partner odbiegało o 37,99% od wartości szacunkowej zamówienia wskazanej w protokole postępowania i ustalonej na kwotę 36.115.774,46 zł netto. W takiej sytuacji wykonawca był

zobowiązany wyjaśnić fakt złożenia oferty z rażąco niską ceną, zgodnie z wymaganiami art. 90 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Partner na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że podstawą takiego stwierdzenia jest wprowadzające w błąd oznaczenie oferowanych brulionów z poz. 9 i 10 formularza cenowego. Papier do pisania zastosowany w brulionach wskazanych w poz. 9 i poz. 10 formularza cenowego nie posiada gramatury papieru z przedziału 60-70 g/m ^{2}. Gramatura papieru proponowanego w ofercie nie przekracza 56,1 g/m ^{2}. Powyższe wyczerpuje także dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż bruliony marki Grand produkcji KW Trade sp. z o.o. nie posiadają wymaganych w SIWZ cech w zakresie gramatury papieru (60-70g/m ^{2}).

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Lyreco oraz oferty wykonawcy KBK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący oświadczył, że opiera na tych samych przesłankach faktycznych i prawnych. Bruliony marki GRAND produkcji KW Trade Sp. z o.o. oferowane w poz. 9 i 10 w formularzu cenowym przystępującego Lyreco i formularzu cenowym wykonawców KBK nie posiadają wymaganych cech w zakresie gramatury papieru.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę KBK odwołujący podniósł, że w załączonym do oferty wykonawcy KBK wykazie dostaw wskazano na dwie dostawy z których jedna dotyczy dostawy tylko papieru kserograficznego. Zdaniem odwołującego z treści SIWZ wynika, że każda z dwóch dostaw powinna obejmować materiały biurowe, w tym co najmniej materiały biurowe, papier ksero, koperty. Tymczasem wykonawca KBK wykazał jedną umowę na dostawę tylko papieru kserograficznego dla ZUS, bez materiałów biurowych, kopert. Dostawy, które wymienił w tabeli wykonawca KBK sp. z o.o. nie potwierdzają, że ma doświadczenie w wykonywaniu umów obejmujących różnorodny asortyment materiałów biurowych, z którym mamy do czynienia przy realizacji zamówienia dla sądów powszechnych. Doświadczenie pozyskane przy realizacji jednorodnego towaru nie oznacza, że wykonawca będzie w stanie wykonać złożone i różnorodne pod względem asortymentowym zamówienie. Temu służyło doprecyzowanie zawarte w SIWZ, które jest wiążące dla wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu. Złożył pismo procesowe, w

którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Lyreco Polska S.A. w Sokołowie. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: wniosek o wszczęcie postępowania z 24.11.2015 r., oświadczenie o kwocie przeznaczonej na sfinansowania zamówienia z 15.01.2016 r., protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego Partner, ofertę przystępującego Lyreco, ofertę wykonawcy KBK, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo

procesowe odwołującego wraz z załącznikami, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego Partner, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego Lyreco, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp postanowiła oddalić opozycję odwołującego przeciwko przystąpieniu wykonawcy Lyreco, gdyż odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca Lyreco nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego. Zgłaszający opozycję podniósł, że

interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystępujący Lyreco będzie co najwyżej posiadał w przyszłym, hipotetycznym postepowaniu. Podniósł ponadto, że niezależnie od rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego wykonawca Lyreco nie może uzyskać zamówienia. Argumentował, że oferta przystępującego Lyreco zajęła w rankingu 3 miejsce, ale w razie odrzucenia oferty najkorzystniejszej i tak w rankingu zajmować będzie miejsce za ofertą odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący we wniesionym odwołaniu domagał się odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego Lyreco. Zamawiający ocenił zaś ofertę tego przystępującego jako zgodną z SIWZ. W tej sytuacji interes przystępującego Lyreco w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego mógł przejawiać się w chęci obrony swej oferty i utrzymania jej statusu jako niepodlegającej odrzuceniu. Wbrew stanowisku odwołującego interes przystępującego Lyreco dotyczył oferty złożonej przez przystępującego w tym postępowaniu. Wreszcie, zgodnie z art. 185 ustawy Pzp, interes ten (w przeciwieństwie do interesu, jaki musi wykazać wnoszący odwołanie w świetle art. 179 ust. 1 Pzp) nie musiał przejawiać się w uzyskaniu danego zamówienia. Wobec powyższego opozycja podlegała oddaleniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp co do zarzutów, które dotyczyły oceny oferty złożonej przez przystępującego Lyreco i oceny oferty wykonawcy KBK. W myśl art. 179 ust 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert okazała się ofertą korzystniejszą od oferty przystępującego Lyreco i oferty wykonawcy KBK. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, oferta wykonawcy Lyreco – na miejscu trzecim, zaś oferta wykonawcy KBK – na miejscu czwartym. W tej sytuacji wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oceny ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne, nie rzutują na sytuację odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Odrzucenie bądź zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Lyreco jak i oferty złożonej przez wykonawcę KBK, które oferty okazały się mniej korzystne od oferty odwołującego, pozostaje dla niego indyferentne. Okoliczność, czy wykonawcy którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty odwołującego pozostaną w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Ponadto ewentualne naruszenia ustawy przez zamawiającego

popełnione podczas oceny tych ofert pozostają bez związku ze szkodą, jaką może ponieść odwołujący nieuzyskując zamówienia publicznego. Skutkiem niewykazania legitymacji jest konieczność oddalenia zarzutów bez merytorycznego ich rozpoznania. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba oddaliła odwołanie w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do oceny oferty przystępującego Lyreco i wykonawcy KBK.

W ocenie Izby, w zakresie pozostałych zarzutów, zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego Partner. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy, względnie wykluczenia go z postępowania. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności wykluczenia tego wykonawcy względnie odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu – w omawianym zakresie – przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

1. Zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego Partner warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, spełniający warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający postanowił, że *Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwie dostawy (rozumiane jako dwie umowy) materiałów biurowych* o wartości nie mniejszej niż: 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100) każda.* Zamawiający doprecyzował, że przez *materiały biurowe rozumie wszelkiego rodzaju materiały biurowe, papier kserograficzny, koperty* (rozdział 4 ust. 2 pkt. 2 SIWZ).

Zamawiający postanowił także w rozdziale 4 ust. 3 pkt 2) SIWZ, że w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są złożyć *Wykaz wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych,*

głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Dowodami, o których mowa są:
a) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
b) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w lit. a.

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący Partner. Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu na s. 18 oferty złożył wykaz dostaw, w którym wymienił:
a) dostawę papieru ksero na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie,
b) dostawę materiałów biurowych na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie.
Złożył także dokumenty referencyjne wystawione przez ww. zleceniodawcę dostaw.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut dotyczy niewykazania przez przystępującego Partner warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać jedynie tacy wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej dwie dostawy (rozumiane jako dwie umowy) materiałów biurowych o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł brutto każda. Zamawiający uściślił w opisie warunku, że pod pojęciem „materiały biurowe" rozumie wszelkie materiały biurowe, papier, koperty. Przystępujący Partner celem wykazania warunku złożył wykaz dostaw, w którym udokumentował swoje doświadczenie nabyte w dostawie na podstawie 2 umów:
1) papieru ksero na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie,
2) materiałów biurowych na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie.

Odwołujący w odwołaniu kwestionował zakres dostaw wykonanych przez przystępującego. Uważał, że w świetle definicji pojęcia „materiały biurowe" w zakres dostaw, które można było uznać za odpowiadające treści warunku, musiały wchodzić zarówno materiały biurowe, jak i koperty oraz papier.

W ocenie Izby odwołujący błędnie zinterpretował postanowienia SIWZ jako nakładające obowiązek wykazania dwóch dostaw, z których każda musiała obejmować co najmniej materiały biurowe, papier ksero jak i koperty. Zamawiający w swej definicji wprawdzie nie użył słowa „lub", ale nie użył również spójnika „i". Wymieniony asortyment został poprzedzony słowem „wszelkie" oraz oddzielony przecinkami. Zdaniem Izby doprecyzowanie zamawiającego można było w tej sytuacji rozumieć jako przykładowe wyliczenie asortymentu, który zamawiający będzie traktował jako materiały biurowe przy ocenie warunku. Wskazuje na to użyte przez zamawiającego słowo „wszelkie", które należało odczytywać jako dopuszczenie możliwie dużego asortymentu, który może być wykazany w ramach doświadczenia. Dostawy, które zrealizował przystępujący Partner odpowiadały zatem treści warunku. W konsekwencji zarzut należało uznać za niezasadny.

2. Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego Partner jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

3. Zarzut zaniechania wezwania przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych.

Ustalono również, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 36.115.774,46 zł netto. Wartość tę ustalił w dniu 20.11.2015 r. na podstawie średnich cen rynkowych poszczególnych pozycji asortymentowych (pkt 2.3 protokołu postępowania). W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 27.547.890,59 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Kwotę tę obliczono w dniu 15 stycznia 2016 r. na podstawie sumy kwot zarezerwowanych na realizację zamówienia przez poszczególne sądy (oświadczenie z-cy dyrektora zamawiającego z 15.01.2016 r., w aktach sprawy).

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:
1) przystępujący Partner – z ceną brutto 27.545.125,75 zł,
2) odwołujący – z ceną brutto 27.729.412,65 zł,
3) wykonawca OSAA sp. z o.o. w Bydgoszczy – z ceną brutto 27.889.317,74 zł,
4) przystępujący Lyreco - z ceną brutto 28.290.285,70 zł,
5) wykonawca KBK – z ceną brutto 29.035.378,05 zł.

Powyższe ustalono na podstawie zbiorczego zestawienia ofert (załącznik do protokołu postępowania).

Ustalono także, że zamawiający nie wzywał przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (okoliczność niesporna).

W dniu 1 lutego 2016 r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego Partner jako najkorzystniejszą (zawiadomienie z 1.2.2016 r. w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Partner należało oddalić jako przedwczesny. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. *29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w* żadnym *istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień".* (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa"). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli *cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny".* Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Zdaniem Izby zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena „wydaje się" rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości". W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca wyraźnie przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przypadku oferty przystępującego Partner różnica pomiędzy ceną ofertową a wartością zamówienia przewyższała ustawowy wskaźnik 30% obligujący zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Cena tej oferty wynosiła netto 22.394.411,18 zł, zaś po powiększeniu o podatek VAT w wysokości 23% - 27.545.125,75 zł brutto. Z kolei wartość zamówienia netto została przez zamawiającego obliczona na kwotę 36.115.774,46, co po powiększeniu o podatek VAT w wysokości 23% - dawało kwotę 44.422.402,58 zł brutto. Porównanie tych wartości prowadziło do wniosku, że cena oferty przystępującego Partner stanowiła jedynie 62,01 % wartości zamówienia. Ponieważ różnica pomiędzy nimi okazała się większa aniżeli 30%, zamawiający miał obowiązek wezwać przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień, czego jednak zaniechał. Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało porównywać cenę ofertową brutto, a więc z podatkiem VAT do wartości zamówienia bez powiększenia jej o wysokość tego podatku. Zdaniem Izby przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w którym rzeczywiście nie wspomniano o tym, że do wartości zamówienia należy dodać kwotę podatku, nie można interpretować w sposób zakładający

nieracjonalność ustawodawcy (wykładnia ad absurdum). Taki bowiem skutek przyniosłoby bowiem bezkrytyczne przenoszenie siatki pojęciowej z art. 32 ustawy Pzp i porównywanie wartości całkowicie nieporównywalnych (np. ceny oferty brutto do wartości zamówienia netto i odwrotnie, czy też ceny oferty za część zamówienia w zamówieniu udzielanym w częściach do wartości zamówienia ustalanej w trybie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a więc obejmującej wszystkie zamówienia udzielane w częściach). Przyjęcie wykładni przepisu proponowanej przez zamawiającego prowadziłoby do skutków sprzecznych z celem regulacji. Oznaczałoby w niektórych przypadkach konieczność wszczynania postępowania wyjaśniającego nawet wtedy, gdy cena ofertowa byłaby wygórowana i nie budziłaby najmniejszych wątpliwości. Taka sytuacja występowałaby z reguły przy porównaniu ceny ofertowej za część zamówienia udzielanego w częściach do wartości zamówienia obejmującej wszystkie zamówienia publiczne udzielane w częściach. Z kolei w innych przypadkach proponowana wykładnia prowadziłaby do niewszczynania procedury wyjaśniającej, pomimo istnienia znacznej

różnicy, jednakże konsumowanej przez podatek VAT. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby porównać cenę ofertową brutto do wartości zamówienia bez podatku VAT. Wykładnię taką należy odrzucić. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Pzp, jest ustalenie czy cena oferty jest rażąco niska w „stosunku do przedmiotu zamówienia". Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do danej dostawy, usługi czy roboty, której opis zamieszczono w SIWZ i którą wykonawcy mają wykonać za zaoferowaną cenę. Skoro zgodnie z obowiązującymi przepisami dana dostawa, usługa czy robota obłożona jest podatkiem VAT, to badanie ceny ofertowej brutto musi odnosić się do szacowanego wynagrodzenia wykonawcy także obejmującego ten podatek. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 6 lutego 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 148/15. Analogiczny pogląd Izba wyraziła w wyroku z 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15.

W świetle analizowanego przepisu bez znaczenia pozostawało to, że rzeczywiście cena oferty przystępującego Partner nie odbiegała znacznie ani od ceny oferty najdrożej ani od ceny oferty odwołującego. W świetle przywołanego przepisu odbieganie ceny ofertowej od wartości zamówienia jest samodzielną i niezależną przesłanką obligującą zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział zaś, że od obowiązku takiego może zwolnic zamawiającego fakt, że cena analizowanej oferty nie dobiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Bez znaczenia, w stanie faktycznym analizowanej sprawy, pozostawała kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia wskazana w pozycji 8 protokołu. Jak zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawie, a co wynikało również z oświadczenia z 15 stycznia 2016 r. znajdującego się w dokumentacji postępowania, kwota ta nie miała żadnego związku z czynnością szacowania przez zamawiającego wartości zamówienia. Była to suma kwot, jakimi dysponowały poszczególne sądy celem zakupu materiałów biurowych i o której poinformowały Centrum Zakupów Wspólnych, jako prowadzącego postępowanie na ich rzecz.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawały również ewentualne niedoskonałości w procesie szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Jak zdawało się wynikać z oświadczeń pełnomocników zamawiającego czynność szacowania wartości zamówienia opierała się przede wszystkim na analizie cen katalogowych materiałów biurowych. Jak się wydaje, w procesie szacowania wartości zamówienia mogły nie zostać uwzględnione ceny materiałów biurowych osiągnięte w poprzednich postępowaniach jak i fakt, że wykonawcy decydują się oferować zamawiającemu tańsze zamienniki i po cenach hurtowych. Jednakże na obecnym etapie postępowania te lub inne, bliżej niesprecyzowane niedoskonałości zaistniałe w procesie szacowania nie mogą rzutować na możliwość odrzucenia wartości zamówienia jako obligatoryjnego kryterium odniesienia, do którego

racjonalny ustawodawca nakazał porównywać ceny ofertowe. Ustawodawca z pewnością miał świadomość, że wartość szacunkowa zamówienia jest pojęciem ze swej natury obarczonym pewną niedoskonałością i że wartość tę, jak sama nazwa wskazuje, jedynie przewiduje się przyjmując pewne założenia, które niekoniecznie muszą znaleźć potwierdzenie w treści składanych ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany był do wezwania przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak zaniechał. Zatem w pkt 1 sentencji nakazano zamawiającemu wykonanie tej czynności.

4. **Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego Partner (zaniechania czynności wykluczenia przystępującego Partner) z powodu niewłaściwej gramatury papieru w brulionach A4 i A5**

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych. Zgodnie z rozdziałem II pkt 2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z ilościami zawarty został w załączniku nr 5 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – formularz cenowy.

Jak wynikało z załącznika nr 5 do SIWZ w skład zamawianego asortymentu przedmiotu zamówienia wchodziły m.in.:

a) brulion A4/96 k. kratka, szyty, oprawa twarda lakierowana lub laminowana, gramatura papieru min. 60-70g/m ^{2} (pozycja 9 formularza cenowego),
b) brulion, A5/96 k. kratka, szyty, oprawa twarda lakierowana lub laminowana, gramatura papieru 60-70g/m ^{2} (pozycja 10 formularza cenowego).

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący Partner. Złożył wypełniony formularz cenowy. W pozycji 9 formularza cenowego przystępujący Partner zaoferował: Brulion, A4/96 k. kratka, szyty, oprawa twarda laminowana, gramatura papieru 60 g/m ^{2} .Grand. Jako symbol produktu podano: 150-1239. Jako producenta/dystrybutora podano „KW Trade/Grand". W pozycji 10 formularza cenowego przystępujący Partner zaoferował: „Brulion, A5/96 k. kratka, szyty, oprawa twarda laminowana, gramatura papieru 60 g/m ^{2} .Grand". Jako symbol produktu podano: 150-1223. Jako producenta/dystrybutora podano „KW Trade/Grand".

Przystępujący Partner złożył w trakcie rozprawy oświadczenie KW Trade sp. z o.o. z 19 lutego 2016 r., w którym podmiot ten oświadcza, że *„jako wyłączny dystrybutor i właściciel marki Grand oświadcza, że bruliony Grand o kodach 150-1239 i 150-1223 importowane są*

przez nas w gramaturach 55 g/m^2 albo 60 g/m^2 w zależności od złożonego zamówienia. Ponadto oświadczamy, iż zaoferowane przez nas dla Partner XXI sp. z o.o. bruliony o kodach 150-1239 i 150-1223 posiadają i posiadać będą przez cały okres realizacji zamówienia gramaturę 60 g/m ^{2} .".

Przystępujący Partner złożył również w trakcie rozprawy wydruk korespondencji pocztą elektroniczną, jaką prowadził z Panem Radosławem Bobrkiem z KW Trade sp. z o.o. W korespondencji z 11 grudnia 2015 r. na pytanie „bruliony *150-1239 i 150-1223 jaką mają gramaturę kartek",* udzielił on odpowiedzi „Tak, *jak było w przetargu – 60 g".*

Odwołujący złożył w trakcie rozprawy wyciąg z podręcznika stosowania systemu GS1, który wedle oświadczenia samego odwołującego został pobrany ze strony internetowej Instytutu Logistyki i Magazynowania w dniu 22 lutego 2016 r. W treści tego wyciągu znajdują się m.in. następujące sformułowania: „Podstawowa zasada mówi, że to właściciel marki powinien decydować o kodach kreskowych i polityce w zakresie numerowania towarów" (pkt 3.4.1.). w Pkt 4.3.1.3.5. znajduje się stwierdzenie, że „niewielkie zmiany lub ulepszenia produktów nie wymagają nadania nowego GTIN".

Odwołujący załączył do swego pisma procesowego z 22 lutego 2016 r.:

a) certyfikat autoryzacji laboratorium badawczego nr AB 065 potwierdzający, że Instytut Biopolimerów i Włókien Chemicznych spełnia wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005,
b) raport z badań nr 32 z 2 lutego 2016 r., w którym Instytut Biopolimerów i Włókien Chemicznych informuje, że na zlecenie odwołującego zbadał papiery do pisania, pobrane z brulionów 96 kartkowych, w kratkę marki Grand dystrybutor KW Trade, dostarczone w ilości po 4 szt., oznakowane następująco 32/1 – A4, indeks 150-1239, 32/2 – A5, indeks 150-1223. Z dokumentu tego wynika, że próbki zostały pobrane przez odwołującego, że badanie przeprowadzono 2 lutego 2016 r. i że gramatura (średnio z 20 próbek) wynosiła 54,0 g/m ^{2} w przypadku 32/1 – A4 i 54,3 g/m ^{2} w przypadku 32/2 – A5.

c) Raport z badań nr 43 z 8 lutego 2016 r., w którym Instytut Biopolimerów i Włókien Chemicznych informuje, że na zlecenie odwołującego zbadał papiery do pisania, pobrane z brulionów, dostarczonych w ilości po 4 szt., oznakowane następująco:
- 43/1 Brulion – A4, 96 kartek, kratka, indeks 150-1239, kod EAN 5903364254230, marki Grand, dystrybutor KW Trade.
- 43/2 Brulion – A5, 96 kartek, kratka, indeks 150-1223, kod EAN 5903364254216, marki Grand, dystrybutor KW Trade.
Z dokumentu tego wynika, że próbki zostały pobrane przez odwołującego, że załączono protokół z 4 lutego 2016 z komisyjnego pobrania próbek do badań (zał nr 1) oraz fakturę VAT 894/KT/2016 z 2016-02-03 (zał nr 2)

Badanie przeprowadzono 8 lutego 2016 r. i że gramatura (średnio z 20 próbek) wynosiła 55,7 g/m ^{2} w przypadku 43/1 – A4 i 56,1 g/m ^{2} w przypadku 43/2 – A5.

d) Protokół z dnia 4 lutego 2016 r. dotyczący pobrania próbek podpisany przez Prezesa Zarządu odwołującego i 2 pracowników odwołującego, w którym oświadczają, że KW Trade dostarczyła materiały biurowe zgodnie z zamówieniem email z 3 lutego 2016 r. Oświadczają, że w materiałach tych znajdowały się:
- brulion A4 96 kartek, indeks 150-1239, kod EAN 5903364254230, marki Grand, w liczbie 5 szt.,
- brulion A5 96 kartek indeks 150-1223, kod EAN 5903364254216, marki Grand, w liczbie 5 szt.
Oświadczają, że sporządzono zdjęcie paczki oraz brulionów. Tego samego dnia 4 lutego 2016 r. wysłano po 4 sztuki każdego z rodzajów brulionów do Instytutu Biopolimerów i Włókien Chemicznych.

e) Fakturę VAT nr 894/KT/2016 z 3 lutego 2016 r. wystawioną przez KW Trade sp. z o.o., dokumentującą zakup:
- brulionu A4 96 kartek, indeks 150-1239, kod EAN 5903364254230, marki Grand, w liczbie 5 szt.,
- brulionu A5 96 kartek, indeks 150-1223, kod EAN 5903364254216, marki Grand, w liczbie 5 szt.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Partner z powodu nieprawidłowego oznaczenia brulionów, które wprowadzało klienta w błąd co do jakości.

Zdaniem Izby, czyn nieuczciwej konkurencji polegający na błędnym oznaczeniu towarów w taki sposób, który może wprowadzać klienta w błąd co do jego jakości może popełnić jedynie taki podmiot, na którym ciąży obowiązek właściwego oznaczenia danego towaru. Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie twierdził, że przystępujący Partner jest producentem lub innym podmiotem, który odpowiada za oznaczenie spornych brulionów. Na rozprawie sam utrzymywał, że producentem brulionów jest bliżej niesprecyzowany podmiot z Chin, którego dystrybutorem w Polsce pozostaje KW Trade sp. z o.o. W tej sytuacji zarzut należało ocenić jako bezzasadny.

Za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Partner z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie wymaganej gramatury brulionów, jak również oparty na tych samych okolicznościach faktycznych zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego Partner z powodu podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji.

Istotnie, zgodnie z treścią SIWZ w skład zamawianego asortymentu przedmiotu zamówienia wchodziły m.in. bruliony A4 96 kartkowe i bruliony A5 96 kartkowe. Jedną z

wymaganych cech tych towarów miała być gramatura papieru 60-70g/m 2 . Jak wynikało z oferty przystępującego Partner zaoferował on zamawiającemu Brulion, A4/96, gramatura papieru 60 g/m 2 .Grand. Jako symbol produktu podano: 150-1239. Jako producenta/dystrybutora podano „KW Trade/Grand". W pozycji 10 formularza cenowego przystępujący Partner zaoferował: „Brulion, A5/96 k., gramatura papieru 60 g/m 2 .Grand". Jako symbol produktu podano: 150-1223. Jako producenta/dystrybutora podano „KW Trade/Grand". Stwierdzono także, że zamawiający nie wymagał od wykonawców składania wraz z ofertą żadnych dokumentów, które miałyby potwierdzać, że oferowane bruliony odpowiadają treści SIWZ. Wymóg złożenia próbek towaru w świetle SIWZ dotyczył innego asortymentu, co nie było sporne pomiędzy stronami.

Wobec złożenia przez przystępującego Partner w ofercie wyraźnego oświadczenia odnośnie gramatury papieru na poziomie 60 g/m 2 i uznania przez zamawiającego na tej podstawie oferowanego towaru za zgodny z SIWZ, to odwołujący – który utrzymywał że gramatura papieru w oferowanych brulionach nie przekracza 56,1 g/m 2 – obowiązany był wykazać sporną okoliczność faktyczną.

Zarzut podlegał oddaleniu, gdyż sporne okoliczności faktyczne nie zostały przez odwołującego wykazane w ten sposób, który pozwalałby na ustalenie z całą pewnością, że papier z brulionów zaoferowanych przez przystępującego Partner posiada zaniżoną gramaturę.

Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Ponadto, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.* W tej sytuacji wszelkie braki w łańcuchu procesu dowodzenia musiały skutkować koniecznością oddalenia zarzutu. Dostrzec należy, że odwołujący rzeczywiście podjął starania celem wykazania zasadności zarzutu, jednakże ocena zgromadzonego materiału dowodowego okazała się niewystarczająca dla ustalenia, że papier z brulionów zaoferowanych przez przystępującego Partner posiada gramaturę mniejszą aniżeli wymagano w SIWZ.

Przystępujący Partner, opisując w złożonym formularzu cenowym oferowane bruliony, dwukrotnie wskazywał, że oferuje bruliony z papierem o gramaturze 60 g/m 2 . Ponadto, w trakcie rozprawy złożył oświadczenie producenta, który jednoznacznie potwierdził, że pod tymi samym numerami odpowiednio 150-1239 i 150-1223 oferuje bruliony odpowiednio A4 i A5 o gramaturze zarówno 55 g/m 2 jak i gramaturze 60 g/m 2 . Złożył również wyraźne oświadczenie przedstawiciela producenta, pochodzące jeszcze sprzed terminu składania ofert, w którym ten ostatni potwierdził wyraźnie wartość gramatury papieru w brulionach na poziomie 60 g/m 2 .

Odwołujący zaprzeczał jakoby praktyka oznaczania brulionów z papierem o odrębnej gramaturze tym samym numerem była dopuszczalna. Na potwierdzenie powyższego złożył wyciąg z podręcznika stosowania systemu GS1, który wedle oświadczenia odwołującego został pobrany ze strony internetowej Instytutu Logistyki i Magazynowania w dniu 22 lutego 2016 r. Lektura złożonego wyciągu prowadziła jednak do wniosku, że podręcznik ten pozostawia właścicielowi marki znaczną swobodę co do decydowania o kodach kreskowych. Dokument ten w zasadzie zawierał wiele wskazówek, których właściciel powinien się trzymać, aniżeli wyraźnych, sztywnych nakazów, które obarczone byłyby jakąś sankcją. Z pkt 3.4.1. podręcznika wynikało, że to właściciel marki decyduje o kodach kreskowych i polityce ich nadawania. Z tego samego dokumentu wynikało, że w świetle ogólnych reguł jeżeli jeden z parametrów towaru ulegnie jedynie istotnej zmianie, to towar wymaga nadania nowego numeru. Zatem nie można wykluczyć takiej polityki właściciela marki, który uznaje różnicę w gramaturze papieru rzędu jedynie 5 g/m 2 na tyle nieistotną, że niewymagającą nadawania nowego numeru EAN.

Odnośnie zaś złożonych raportów z badań, jakie na zlecenie odwołującego przeprowadził Instytut Biopolimerów i Włókien Chemicznych, to ich lektura pozostawiała wątpliwości, czy badaniom rzeczywiście poddano produkt zaoferowany przez przystępującego Partner. Niezależnie od wątpliwości co do istnienia dwóch wersji brulionów A4 i A5 o różnych gramaturach pod tym samym numerem, dalsze wątpliwości budziło niewystarczające udowodnienie, że badaniom zostały poddane próbki brulionów rzeczywiście pochodzących od KW Trade sp. z o.o. Odwołujący wykazał jedynie fakturą, że

nabył od KW Trade sp. z o.o. jakieś bruliony, jednak niewystarczająco udowodniono, że to właśnie ten towar poddano badaniom. Wątpliwości Izby budziło niedostateczne udokumentowanie procesu pobrania próbek do badania w sposób gwarantujący zachowanie ich tożsamości. To odwołujący sam pobierał próbki papieru, które następnie dostarczył do laboratorium. Przedstawiony protokół pobrania próbek stanowił dokument prywatny sporządzony i podpisany przez pracowników samego odwołującego. Nie złożono Izbie zdjęć z otwarcia paczki, o których mowa było w analizowanym protokole pobrania. Laboratorium zaś okoliczność, że analizowane karty papieru pochodzą z brulionów dystrybuowanych przez

KW Trade sp. z o.o. ustaliło na podstawie protokołu pobrania, sporządzonego – jak to wcześniej stwierdzono – przez samego odwołującego. Wreszcie raporty z badań przeprowadzonych przez laboratorium były jedynie dokumentami prywatnymi, stanowiącymi jedynie dowód tego, że osoby które je podpisały, złożyły oświadczenie określonej treści.

W tej sytuacji, biorąc pod uwagę brak możliwości wykluczenia dystrybuowania brulionów o nieznacznie różnych gramaturach papieru pod tymi samymi numerami, niedoskonałości w wykazaniu sposobu dostarczenia próbek papieru do laboratorium, fakt braku bezspornej próbki, której tożsamość nie byłaby kwestionowana przez strony, Izba zmuszona była uznać zarzut za nieudowodniony.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Partner z powodu nieprecyzyjnego określenia zakresu podwykonawstwa, gdyż odwołujący cofnął ww. zarzut w swym piśmie procesowym. Z analogicznego powodu nie rozpoznawano zarzutu dotyczącego niewykazania przez przystępującego Partner warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego Partner może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Złożone wyjaśnienia mają umożliwić zamawiającemu ocenę, czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania oferty złożonej przez wykonawcę wybranego i oferta innego wykonawcy, w tym również odwołującego, może być

uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie przystępującego Partner do złożenia wyjaśnień, w tym również dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za bezzasadne, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei

w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……