

WYROK

z dnia 06 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2018 przez wykonawcę

H K 43-200 Pszczyna ul. Górnośląska 40 prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Pianina.pl H. K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Opera Nova w Bydgoszczy 85-070 ul. Marszałka Focha 5.

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia CHPM Sp. z o.o., ul. Wirażowa 119, 02-145 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - H. K. 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 40 i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych z tytułu wpisu od odwołania

3. Zasądza od odwołującego H. K. 43-200 Pszczyna ul. Górnośląska 40, na rzecz zamawiającego Opera Nova w Bydgoszczy ul. Marszałka Focha 5, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Opera NOVA w Bydgoszczy 85-070 Bydgoszcz, ul. Marszałka Focha 5, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup profesjonalnych instrumentów muzycznych dla Opery Nova w Bydgoszczy”, numer referencyjny: ZP-331 - 10/2017. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 marca 2018 roku pod numerem: 99668-2018. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 8 maja 2018 roku, Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie poszczególnych części zamówienia- w tym i części II dotyczącej zakupu , fortepianów: koncertowy i kameralny. Za najkorzystniejszą ofertę złożoną na część II zamówienia została uznana oferta złożona przez wykonawcę CHPM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca H.K. 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 40 prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Pianina.pl H. K. zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,
- b) art 7 ust. 3 Pzp. w zw. z art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) Pzp - przez wadliwe dokonanie oceny kryterium jakości w zakresie: „wyrównanie brzmienia oraz barwa”, a w konsekwencji naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy CHPM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którego oferta nie powinna zostać zakwalifikowana jako najkorzystniejsza,
- c) art. 91 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 2 pkt 5) lit. a) Pzp. poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę CHPM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 ust. 5) lit. a) Pzp

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty CHPM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, tj.: fortepiany: koncertowy i kameralny,

b) unieważnienia czynności polegającej na badaniu ofert,

c) dokonania ponownej oceny kryterium jakości przez niezależnych i obiektywnych ekspertów posiadających stosowne doświadczenie zawodowe,

d) dokonania ponownego badania złożonych ofert.

Uzasadniając zasadność podniesionych zarzutów Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 20 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia który określa kryteria oceny ofert - wybór najkorzystniejszej oferty winien zostać dokonany na podstawie następujących kryteriów:

- a) ceny (C) - 50%,
- b) jakości (J) - 40%, oraz
- c) gwarancji (G) -10%.

Cena zaoferowana przez Odwołującego była znacznie atrakcyjniejsza niż w przypadku jego konkurenta CHPM sp. z o.o., którego oferta cenowa była o prawie 50% wyższa. Podobnie w zakresie gwarancji Odwołujący przedstawił atrakcyjniejszą ofertę, ponieważ zaoferował 10 lat gwarancji, a jego konkurent wyłącznie 5 lat gwarancji.

Podkreślił, że zastrzeżenia Odwołującego w zakresie dokonanej oceny jego oferty dotyczą oceny w ramach kryterium jakości, dokonanej przez dwóch przedstawicieli Zamawiającego. Wskazał, że ocena kryterium jakości polegała na tym, że dwóch przedstawicieli Zamawiającego dokonało samodzielnych ocen oferowanych fortepianów w zakresie czterech kryteriów:

- a) „JI - intonacja”,
- b) JII - wyrównanie brzmienia”,
- c) JIII - barwa”, oraz
- d) Jiv - precyzja mechaniki.

Odnosząc się do dokonanej oceny zaoferowanych fortepianów przez przedstawicieli

- ekspertów Zamawiającego podał, że obaj opiniujący wystawili maksymalne oceny (po 20 pkt) dla obu fortepianów (koncertowego i kameralnego) przedstawionych przez obu wykonawców w kategoriach: intonacja i precyzja mechaniki. Jednakże w zakresie kategorii wyrównanie brzmienia oba fortepiany Odwołującego uzyskały od obu opiniujących wynik 0 pkt, podczas gdy fortepiany oferowane przez CHPM SP. z o.o. otrzymały maksymalne noty (po 40 pkt). Również w kategorii barwa fortepiany CHPM otrzymały maksymalne noty (po 20 pkt), podczas gdy fortepiany Odwołującego otrzymały znacznie niższe oceny (odpowiednio 5 i 4 pkt). Opisana powyżej ocena, w szczególności w zakresie oceny wyrównania brzmienia, budzi poważne wątpliwości Odwołującego. Wszakże zgodnie z najlepszą wiedzą techniczną w przedmiocie instrumentów klawiszowych praktycznie niemożliwe jest aby fortepian miał doskonałą intonację i precyzję mechaniki (maksymalne noty po 20 pkt), a jednocześnie nie posiadał wyrównanego brzmienia (0 pkt). Okoliczność ta jest niezgodna z zasadami doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania. Wskazał, że takie parametry jak intonacja i wyrównanie brzmienia są ściśle i nierozdzielnie ze sobą połączone i niemożliwym jest, by ten sam fortepian mógł otrzymać 0 pkt za wyrównanie brzmienia, gdzie jednocześnie otrzymuje maksymalną ilość punktów za intonację. Jest to - zdaniem Odwołującego zupełny absurd. Podobnie absurdalne wg. Odwołującego jest zestawienie ocen kategorii „Ji - intonacja” oraz „Jiii - barwa”. Co wymowne, fortepian C.Bechstein otrzymał maksymalną ilość 20 pkt za intonację i zaledwie 4 punkty za barwę. Takie parametry jak intonacja, barwa brzmienia oraz wyrównanie brzmienia są ze sobą nierozdzielnie połączone i nawzajem z siebie wynikają dlatego nie jest możliwe, by dany egzemplarz fortepianu mógł uzyskać skrajnie różne oceny za przytoczone parametry.

Przedstawiając sposób oceny przedstawionych przez Odwołującego fortepianów, przez ekspertów Zamawiającego wskazał, że „Obaj opiniujący byli bardzo młodymi muzykami, którzy prawdopodobnie nie posiadają nawet odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie i zupełnie nie rozumieją na czym polega istota oceny jakości instrumentów. Sprawiali wrażenie, jakby po raz pierwszy mieli dokonywać oceny jakościowej fortepianów do celów postępowania. Obca im była metodologia przeprowadzania testu instrumentów. O braku doświadczenia i profesjonalizmu członków komisji może świadczyć fakt, że podczas oceny instrumentów grali w tym samym czasie każdy na innym fortepianie, zupełnie różne utwory, nawzajem się zagłuszając i wzajemnie sobie przeszkadzając. Co więcej, opiniujący pierwotnie już po 15 minutach grania chcieli zaprzestać badania, ponieważ już mieli wyrobione zdanie w tym zakresie. (...) Fakty te wskazują na to, że zachodzi uzasadniona wątpliwość co do rzetelności, bezstronności oraz profesjonalizmu tych opiniujących, dlatego Odwołujący wnosi o ponowne dokonanie oceny kryterium jakości fortepianów lecz przez innych opiniujących, legitymujących się niezbędnym doświadczeniem i wiedzą”.

Zarzucił także, że Zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie wskazał, że zamierza nabyć fortepiany marki Steinway&Sons lub równoważne. Powyższe wskazanie zdaniem Odwołującego w środowisku dostawców instrumentów muzycznych jednoznacznie wskazuje, na preferencje Zamawiającego, co w tym przypadku zaowocowało chociażby faktem iż nie zostały złożone oferty przez innych wiodących producentów fortepianów.

Nadto Odwołujący w złożonym piśmie procesowym z dnia 29 maja 2018 roku będącym odniesieniem się do stanowiska Przystępującego wyrażonego w przystąpieniu podniósł dodatkowo, iż:

- za niedopuszczalne należy uznać stanowisko Przystępującego, że eksperci posiadają nieograniczoną władzę i kompetencje oraz mogą rozstrzygać każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przyznawanie według własnego uznania maksimum lub minimum możliwych punktów za jakość dowolnemu towarowi lub usługę. Pianiści nie kupują tych fortepianów dla własnych celów, tylko zostali wybrani przez Zamawiającego i zostało im powierzzone zadanie wyboru dwóch fortepianów, które będą wykorzystywane w tejże instytucji kultury. Dlatego wybór powinien być obiektywny, a pianiści (członkowie komisji przetargowej) winni wziąć pod uwagę specyfikę Zamawiającego, potrzeby dla których fortepian zostanie kupiony oraz sposób w jaki instrumenty będą w tejże placówce wykorzystywane, a także fakt, iż na fortepianach tych będą koncertować inni pianiści, którzy mają różne gusta muzyczne, nieraz bardzo odmienne od gustów i preferencji oceniających.
- niezasadne jest ograniczanie liczbę członków komisji do 2 osób, w wychowanków tej samej pani Profesor. Okoliczność ta w naturalny sposób ukształtowała ich identyczny gust muzyczny i powoduje identyczną subiektywną ocenę. Dlatego też przy ponownej ocenie ofert powinna zostać powołana szersza komisja, która będzie bardziej reprezentowała różne środowiska muzyczne, a tym samym będzie bardziej obiektywna.
- Odwołujący nie kwestionuje i nie podważa wiedzy ekspertów, lecz wyłącznie zarzuca im brak doświadczenia w zakresie oceny instrumentów pod kątem postępowania

przetargowego, czego potwierdzeniem może być również fakt, iż członkowie komisji nie wpisali w kartę oceny modeli ocenianych fortepianów i dodatkowo pomylili markę, wpisując „Bechstein” (seria podstawowa) zamiast „C. Bechstein” (seria mistrzowska).

- z treści SIWZ wynika, iż oceny jakości fortepianów mieli dokonać następujący pianiści: M. H., A. P. oraz O. W.. Natomiast w dniu oceny okazało się, że oceny dokonywać będą: A. P. oraz R. Zamawiający, a więc tylko jedna z osób wskazanych w SIWZ

- Odwołujący zwraca uwagę, że nie domaga się nakazania przez Izbę, aby Zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej z pominięciem ponownej oceny jakości fortepianów, lecz właśnie wnosi o przeprowadzenie ponownej oceny jakości fortepianów przez niezależną i obiektywną komisję w jak najszerszym składzie ekspertów, gdyż obiektywizm wzrasta wraz z ilością oceniających.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu przed KIO wniósł o oddalenie odwołania podając iż podniesione zarzuty są całkowicie niezasadne. Odnosząc się do podniesionych zarzutów podał, że niezasadne jest dyskryminowanie przez Odwołującego osób oceniających fortepiany. Osoby te są cenionymi specjalistami, absolwentami Akademii Muzycznej w Bydgoszczy, uczniami światowej sławy pianistki E. P., laureatki V nagrody X Międzynarodowego Konkursu Pianistycznego im. Fryderyka Chopina, korepetytorami w Operze Nova śpiewaków solistów, wykładowcami na Akademii Muzycznej w Bydgoszczy. Zarzucanie im braku doświadczenia i profesjonalizmu oraz nieprzygotowanie do dokonywania oceny fortepianów jest nieuprawnione. Celem Zamawiającego jest wybór najlepszych pod względem jakościowym instrumentów/fortepianów tak aby bardzo dobrze brzmiały na dużej scenie koncertowej i co do których nie będzie żadnych uwag jakościowych i dlatego też do oceny fortepianów delegował najlepszych specjalistów z którymi współpracuje.

Uzasadniając dokonaną ocenę fortepianów podał, że od pierwszej chwili grania na instrumentach oferowanych przez Odwołującego, opiniujących uderzyło skrajnie niewyrównanie barwowe, huczące basy, nosowa średnica, problem ze śpiewnością i nośnością górnego rejestru. Przy użyciu pedalizacji /delikatnym/ proporcje głośności poszczególnych planów zostały zatarte mimo usilnych starań górna linia tematu była bardzo słabo słyszalna. Do tego doszła najważniejsza rzecz - nośność instrumentu - w końcu to fortepiany koncertowe i muszą mieć dużą „siłę przebicia”. Fortepiany udostępnione Zamawiającemu miały z tym wyraźnie problem. Grały wyraźnie zbyt krótkim (szybko ginącym) dźwiękiem. To badanie spowodowało, że Odwołujący otrzymał w kategorii jakości 18 punktów.

W kryteriach „ceny” i „gwarancji” Odwołujący otrzymał maksymalną ilość punktów. Podkreślił, że dla Zamawiającego ważne było także kryterium jakości, a to nie zostało przez Odwołującego w pełni spełnione. Odnosząc się do uwag, że Zamawiający wskazał w SIWZ, iż zamierza nabyć fortepiany marki Steinway&Sons lub równoważne, podał, że jest taki opis jest dopuszczalny i zgodny z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych /art.29 ust.3/. Przedmiotu zamówienia, jakim w konkretnym przypadku są fortepiany trudno, z uwagi ich specyfikę opisać za pomocą dokładnych określeń, dlatego wskazaniu takiemu jak to zostało określone w SIWZ towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Fortepiany marki Steinway&Sons także podlegały ocenie kryterium jakości i ocena ta wypadła znacznie lepiej niż ocena jakości fortepianów Odwołującego.

Zamawiający w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu przed KIO odnosząc się do pisma procesowego Odwołującego podał, iż odwołanie winno zostać oddalone. Odnosząc się do zarzutu iż komisja ekspercka oceniająca z ramienia Zamawiającego była w innym składzie niż to wynikało ze wskazania w SIWZ podał, że było to wynikiem sytuacji losowej tych osób i osoby wskazane w SIWZ nie mogły pojechać do Berlina. W odniesieniu do zarzutu Odwołującego iż komisja oceniająca fortepiany winna być w bardziej reprezentatywna podał, że Zamawiający w SIWZ wyraźnie ustalił iż oceny fortepianów będzie dokonywała komisja w składzie 2-3 osób.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca CHPM Sp. z o.o., ul. Wirażowa 119, 02-145 Warszawa, poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pism Zamawiającego i przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie wskazać należy, że Odwołujący skierował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa pisma zawierające zarzuty wobec czynności Zamawiającego dotyczących uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę CHPM Sp. z o.o., ul. Wirażowa 119, 02-145 Warszawa. Argumentacja podniesiona w piśmie z dnia 29 maja 2018 w zasadzie zawierała nowe zarzuty wobec czynności Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że rozpoznaniu i merytorycznej ocenie podlegają tylko zarzuty podniesione w odwołaniu. Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i ani doprecyzowywać treści zarzutów odwołania. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Za niedopuszczalne należy uznać wskazywanie na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej w odwołaniu podstawie prawnej bez uprzedniego podania konkretnej czynności zamawiającego podlegającej kwestionowaniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp w treści odwołania należy zawrzeć m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, która doprowadziła do naruszenia ustawy oraz zwięzłe przedstawienie zarzutów. W odwołaniu należy też określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były wyartykułowane w odwołaniu. Przywołany przepis ma na celu zapobieganie sytuacjom, w których podczas rozprawy odwoławczej podnoszone są argumenty nie wskazane w odwołaniu

Przesłane do KIO pismo Odwołującego z dnia 29 maja 2018 roku nie mogło zostać uznane za uzupełnienie zarzutów odwołania, gdyż wpłynęło do Prezesa KIO po upływie terminu na wniesienie odwołania. Za wyrokiem KIO z 9.09.2016 r., sygn. KIO 1610/16 wskazać należy, że „każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia - po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowane w nim czynności, oraz przede wszystkim

podniesione zarzuty (...). Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a Krajowa Izba Odwoławcza nie może domniemywać treści, wprost niewskazanych w zarzutach i żądaniach odwołującego. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym. To odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu zauważyć należy, że Odwołujący jako podstawę wadliwych czynności Zamawiającego wskazał przede wszystkim naruszenie zasady z art. 7 ust. 1-3 Pzp dot. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zarówno sądów jak i KIO wskazanie naruszenia zasady Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej uzasadniającej naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby ocena jego oferty następowała w sposób odmienny niż ocena oferty konkurencyjnej. Za wyrokiem SO XII Ga 211-14 wskazać należy, że przestrzeganie zasady z art. 7 ust. 1 Pzp polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji faktycznej, nie zaś na jednakowej ocenie złożonych ofert.

Dokonując analizy zarzutu wadliwej oceny w kryterium jakości w zakresie „wyrównania brzmienia” oraz „barwa” Izba uznała niezasadność tego zarzutu, gdyż Odwołujący w jakikolwiek sposób nie udowodnił (choćaby poprzez złożenie prywatnej opinii biegłego), że nie jest możliwe, aby w sytuacji „kiedy fortepian miał doskonałą intonację i

precyzję mechaniki (maksymalne noty po 20 pkt) jednocześnie nie posiadał wyrównanego

brzmienia (0 pkt). (...), gdyż takie parametry są ściśle i nierozzerwalnie ze sobą połączone i nawzajem z siebie wynikają”.

Podobnie oceniona przez Izbę została opisana sytuacja, że eksperci oceniający fortepiany „grali w tym samym czasie każdy na innym fortepianie, zupełnie różne utwory, nawzajem się

zagłuszając i wzajemnie sobie przeszkadzając". Nie zostało wykazane, że powyższe miało wpływ na dokonaną ocenę, a także, że eksperci oceniający fortepiany konkurencyjnego wykonawcy postępowali odmiennie testując przedstawione przez wykonawców do oceny fortepiany, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważyć należy także, że Odwołujący podnosząc takie uwagi wobec ekspertów to jednak wielokrotnie - w pismach i na rozprawie wskazywał, że nie kwestionuje umiejętności ekspertów wskazanych przez Zamawiającego.

Oceniając zarzuty odwołania Izba wskazuje, że odwołanie zawiera ogólny opis sytuacji związanej z oceną zaofertowanych fortepianów. Nie zawiera natomiast wskazania konkretnego zarzutu w odniesieniu do stanu faktycznego w oparciu o który Izba mogłaby ocenić dany zarzut. Opis stanu faktycznego dokonany przez Odwołującego zawiera jego ogólne spostrzeżenia do zaistniałej sytuacji nie precyzując zgodnie z wymogiem z art. 180 ust.1 Pzp jakie czynności Zamawiającego naruszały przepisy ustawy Pzp. Wskazywanie na zbyt małą liczbę ekspertów oceniających fortepiany i żądanie nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny przez innych ekspertów i według innych zasad oceny jest zarzutem do treści SIWZ, a więc na obecnym etapie jest zarzutem spóźnionym.

Tym samym dla oceny opisanej sytuacji - bez przypisanych czynnościom Zamawiającego konkretnych zarzutów, konieczne byłoby wywodzenie przez Izbę treści zarzutów, które Odwołujący jak wskazywał na rozprawie chciał postawić wobec dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza, jak wyżej wskazano nie może domniemywać treści wprost niewskazanych w zarzutach i żądaniach odwołującego, gdyż naruszałoby to zasadę równości stron w postępowaniu.

Odnosząc się do postawionego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp Izba uznała niezasadność postawienia takiego zarzutu w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Przepis art. 91 ust.1 Pzp jest przepisem wynikowym, odnoszącym się do oceny ofert dokonanych w oparciu o postawione w SIWZ kryteria oceny. Tym samym, co do zasady dopóki nie zostanie wykazane, że w oparciu o ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, wybór danej oferty jest wadliwy, to nie można zarzucać, że przepis art. 91 ust.1 został naruszony. Natomiast przepis ust. 2 tegoż artykułu dotyczy etapu sporządzania postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, a nie etapu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym zarzuty te nie mogły zostać uwzględnione. Nie zostało wykazane w treści odwołania, że Zamawiający postępował odmiennie niż ustalił to w treści SIWZ.

Osobnego odniesienia Izby - na marginesie rozpatrywanych zarzutów, wymaga stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z 29 maja 2017 roku, mającego uzasadniać podniesione w odwołaniu zarzuty. Przedstawiona argumentacja obejmuje zdaniem Izby cały szereg nowych zarzutów nie wyartykułowanych w odwołaniu.

Odwołujący wskazuje na naruszenie Zamawiającego, polegające przykładowo na powołaniu do oceny fortepianów osób będącej uczniami tej samej Pani Profesor, a więc mających takie same upodobania muzyczne, zarzuca zbyt małą liczebność członków komisji oceniającej oraz brak jej otwarcia na szerszy krąg artystyczny, wskazuje na brak opracowanej koncepcji pracy ekspertów w zakresie oceny fortepianów zarzucając, że „Jedynym ich pomysłem na przeprowadzenie testów było granie utworów i to na dodatek jednocześnie, nawzajem się zagłuszając i przeszkadzając sobie”, wskazuje na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie art. 29 ust.3 Pzp, itp. Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza, że wskazane przykładowo zarzuty wobec Zamawiającego winny być wyartykułowane w formie zarzutów do postanowień SIWZ. Podnoszenie ich na obecnym etapie i poza treścią odwołania Izba uznaje za nieprawidłowe i spóźnione.

Odwołujący w przedmiotowym piśmie wskazał także, iż oceny fortepianów dokonywała osoba - inna niż wskazana w treści SIWZ. Izba zauważyła, iż Zamawiający w pkt 20 SIWZ wskazał, że „Oceny każdego z instrumentów będzie dokonywać dwie lub trzy wskazane poniżej przez Zamawiającego osoby (eksperci Zamawiającego — członkowie

Komisji Przetargowej). Każdy z ekspertów będzie dokonywał oceny indywidualnie.” Izba podkreśla, że do oceny fortepianów w części II zamówienia, wskazano w SIWZ trzy osoby: tj. A. P., O. W., M. H.. Faktycznie, spośród ww. osób wskazanych w SIWZ, oceny dokonała tylko jedna osoba Pan A. P.. Natomiast druga osoba Pan A. Z. nie był wskazany w SIWZ jako osobą mającą dokonać oceny fortepianów. Niewątpliwym jest, że Zamawiający wskazując w SIWZ z imienia i nazwiska osoby które będą dokonywały oceny zawęził krąg ekspertów tylko do osób tam wymienionych i przypisanych do odpowiednich części (zadań) zamówienia.

Wobec powyższego oraz faktu, że kwestia ta nie znalazła się w formie zarzutu w odwołaniu i Izba nie mogła orzec w tej sprawie to w tej sytuacji Zamawiający winien samodzielnie rozważyć, czy tak dokonana ocena ofert jest prawidłowa i tym samym czy zawarta w takiej sytuacji umowa o udzielenie zamówienia nie będzie mogła być unieważniona.

Odnosząc się do kolejnego stanowiska Odwołującego zawartego w powyższym piśmie, iż nie jest mu wiadomym dlaczego przedstawione do oceny fortepiany uzyskały w kryterium jakości- podkryterium „wyrównanie brzmienia” zero punktów Izba zauważa, że osoba oceniająca fortepiany podała na rozprawie w KIO, iż w wyniku oceny eksperci mogli tylko przyznać, „albo zero punktów albo punktów czterdzieści”, gdyż nie było możliwości stopniowania przeprowadzonej oceny. Izba zauważa, że ocena na zasadzie „spełnia/nie spełnia” jest właściwa dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie kryteriów oceny ofert. Zarówno powyższe, jak i tak duża rozpiętość punktowa w tym kryterium mogła mieć istotne znaczenie na wybór oferty, w szczególności w sytuacji kiedy różnica łączyła w ilości punktów pomiędzy ofertą wybraną, a ofertą Odwołującego wyniosła ostatecznie tylko 0,5 pkt. Dodać należy także, że przedstawiona ocena nie zawierała wymaganego uzasadnienia dlaczego w danym kryterium została przyznana konkretna ilość punktów. Obowiązek podania uzasadnienia wynika wprost ze znowelizowanej treści art. 92 ust.1 pkt 1 i tiret pierwsza Pzp.

Izba wskazuje, że prawo zamówień publicznych powinno być postrzegane jako narzędzie do realizacji zadań publicznych, dla których nadrzędnym celem powinno być efektywne, racjonalne i zgodne z prawem wydatkowanie środków publicznych. Nadrzędnym celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Podstawowym argumentem uzasadniającym obowiązek ścisłego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych jest konieczność ograniczenia arbitralności w wyborze oferentów i zapobieganie nadużyciom oraz korupcji.

Izba oceniając podniesione w odwołaniu zarzuty miała na względzie także to, iż zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tutaj ciężar wykazania zasadności stawianych zarzutów obciążał Odwołującego. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach, to dowody te muszą być pewne i kategoryczne, takich dowodów Odwołujący nie przedłożył.

Zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego ciężar dowodu spoczywa na stronach postępowania odwoławczego i to strony winny przedstawiać dowody na poparcie twierdzeń z których wywodzą określone- korzystne dla siebie skutki prawne. W zakresie omawianych w tym odwołaniu zarzutów, Odwołujący przekonujących dowodów nie przedstawił, a zatem Izba nie miała podstaw do uznania zasadności postawionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała zarzuty odwołania za nieudowodnione i tym samym odwołanie zostało oddalone.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący