

**WYROK**

**z dnia 1 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie **1 grudnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **20 listopada 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **A. K. S. M., P.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wyposażenia kwaterunkowego wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem do centralnego bloku operacyjnego z zapleczem, oddziałami szpitalnymi i lądowiskiem dla śmigłowców* (nr postępowania DZP/PN/26/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **1. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w L.**

przy udziale wykonawcy: **K. K. J., L.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – 1 Wojskowemu Szpitalowi Klinicznemu z Polikliniką Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w L. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności w prowadzonym postępowaniu – odrzucenie oferty złożonej przez K. K. J. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie określonej w załączniku nr 1.2 dla poz. 4., krzesła o konstrukcji metalowej, szerokości, która nie mogła być większa niż 560 mm, z uwzględnieniem faktu, że przedmiotem zamówienia w tej pozycji jest krzesło wyposażone w podłokietniki.**
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 1. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w L. i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływającego A. K. S. M. z P.** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od **zamawiającego 1. Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w L.** na rzecz **odwoływającego A. K. S. M. z P.** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający 1. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w L. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa wyposażenia kwaterunkowego wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem do centralnego bloku operacyjnego z zapleczem, oddziałami szpitalnymi i lądowiskiem dla śmigłowców* (nr postępowania DZP/PN/26/2017)

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S\_179 pod nr 366075.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu A. K. S. M. z P. {dalej również: „S.”} zawiadomienie o wyborze w części {dalej również: „zadanie”} 2. oferty złożonej przez K.K.J., L. {dalej również: „K.”}.

20 listopada 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty K..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez brak odrzucenia oferty K. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
2. Art. 7 ust. 1, 2 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na niepodjęciu działań zmierzających do wyjaśnienia niezgodności treści oferty K. z treścią SIWZ, na których występowanie Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającego w piśmie z 27 października 2017 r., i dokonaniu wyboru oferty wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty K..
4. Wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców

niepodlegających wykluczeniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu, tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzut z pkt I. uzasadnienia}

Odwołujący podał, że:

- zamawiający wymagał podania nr katalogowego oferowanych mebli, gdyż symbol „\*” w kolumnie „Producent / Nr katalogowy” tabeli załącznika nr 1.2 do SIWZ – „Specyfikacja przedmiotowo-kosztorysowa” został opatrzony wyjaśnieniem „Wypełnić”;
- w ofercie K. (z wyjątkiem poz. 2, 4, 14, 23, 24, 25, 31) przepisano nazwy podane przez Zamawiającego oraz dopisano zwrot „wykonanie specjalne”.

Odwołujący podniósł, że ponieważ wskazanie zaoferowanego produktu stanowi sedno oferty, jej *essentialia negotii* w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”}, stąd powinno mieć charakter kategoriyczny – przyjęcia zobowiązania dostarczenia takiego, a nie innego wyrobu oznaczonego w sposób indywidualizowany.

Odwołujący zarzucił, że określenie przedmiotu świadczenia przez K. uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację treści oferty pod względem zgodności z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i stanowi brak oferty, który – jako nieusuwalny w jakimkolwiek dopuszczalnym w pzp trybie – powinien skutkować jej odrzuceniem.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzuty z pkt II. uzasadnienia}

Odwołujący podał, że:

- w załączniku nr 1.2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby meble socjalne i medyczne jako gotowy wyrób posiadały atest higieniczny, dopuszczający ich stosowanie w laboratoriach i placówkach medycznych;
- według pkt 3.2. lit b) SIWZ atesty te należało złożyć Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów;
- w odpowiedzi na takie wezwanie K. przedstawiło atest higieniczny nr (...), w którym jako wyrób podlegający badaniu wskazano „K. meble i urządzenia”.

Odwołujący wywiódł, że składając ofertę wykonawca powinien dysponować atestem higienicznym wydanym dla oferowanych przez niego gotowych produktów, które w chwili składania oferty powinny znajdować się w ofercie handlowej producenta. W przeciwnym

razie uzyskanie atestu na meble podlegające „wykonaniu specjalnemu”, tj. na potrzeby Zamawiającego, jako na gotowe produkty, byłoby możliwe dopiero po ich wyprodukowaniu przed dokonaniem dostawy, co byłoby niezgodne z wymogiem Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że złożone przez K. atesty higieniczne nie potwierdzały, że oferowane przez niego meble socjalne i medyczne w wykonaniu specjalnym są dopuszczone do stosowania w laboratoriach i placówkach medycznych już w chwili składania oferty.

Odwołujący ponadto podał, że K.:

- w ofercie wskazało, że meble wyszczególnione pod poz. 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50 i 51 będą podlegały wykonaniu specjalnemu;
- dla mebli wyszczególnionych pod poz. 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 20, 21, 22, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 44, 45, 46, 48 i 49 przedłożyło zdjęcia gotowych produktów;
- dla mebli wymienionych pod poz. 16, 18, 23, 29, 40, 41, 42 i 43 złożyło szkice lub rysunki poglądowe.

Odwołujący zarzucił, że składając zdjęcia gotowych, już istniejących produktów K. dokonało nieuprawnionej zmiany treści złożonej przez siebie oferty, co powinno skutkować jej odrzuceniem.

Odwołujący nadmienił, że skoro produkty uwidocznione na zdjęciach znajdują się w sprzedaży, nie było przeszkód, aby w załączniku nr 1.2 podać dla nich odpowiednie nr katalogowe lub nazwy tych mebli, zamiast zamieszczać informację, że będą podlegać wykonaniu specjalnemu.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzut z pkt III. uzasadnienia}

Odwołujący podał, że:

- w poz. 4 K. zaoferowało krzesło Amigo 4I-ALU ARM (bez wzmianki „wykonie specjalne”) producenta Nowy Styl sp. z o.o. o szerokości maksymalnej z podłokietnikami wynoszącej 631 mm (co potwierdza złożona przez K. karta katalogowa), podczas gdy Zamawiający w załączniku nr 1.2 wymagał, aby krzesło miało szerokość 540 mm (+/- 20mm);
- zaoferowany w poz. 24 taboret obrotowy z oparciem KL-3 (bez wzmianki „wykonie specjalne”) według karty katalogowej producenta S. ma siedzisko o średnicy 350 mm, regulację siedziska w zakresie 590 – 750 mm, podstawę o średnicy 510 mm, podczas gdy Zamawiający wymagał w załączniku nr 1.2 do SIWZ odpowiednio siedziska o średnicy 360

mm, regulacji siedziska w zakresie 440 – 580 mm i średnicy podstawy wynoszącej 600 mm (+/- 20 mmm);

– zaferowany w poz. 25 taboret bez oparcia TL-08 (bez wzmianki „wykonie specjalne”) według karty katalogowej producenta S. ma stelaż jezdny wykonany z polerowanego aluminium, siedzisko poliuretanowe wykonane metodą wtryskową, siedzisko o średnicy 350 mm, regulację siedziska w zakresie 590 – 750 mm, podstawę o średnicy 570 mm, podczas gdy Zamawiający wymagał w załączniku nr 1.2 do SIWZ odpowiednio pięcioramiennej podstawy wykonanej ze stali kwasoodpornej OH18N9, siedziska tapicerowanego materiałem zmywalnym o grubości min. 60 mm, siedziska o średnicy 360 mm, regulacji siedziska w zakresie 440 – 580 mm i średnicy podstawy wynoszącej 600 mm (+/- 20 mmm);

– K. w złożonych kartach katalogowych potwierdziło spełnianie wymagań opisu przedmiotu zamówienia;

\_ K. przedstawiło atesty higieniczne dla taboretów S. KL-3 i TL-08.

Odwołujący zarzucił, że skoro zaferowane przez K. krzesło przekracza dopuszczalną szerokość o 71 mm, a taborety S. KL-3 i TL-08 nie mogą mieć innych parametrów niż podane przez ich producenta w kartach katalogowych, oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

{ad pkt 2. listy zarzutów – zarzut z pkt IV. uzasadnienia}

Odwołujący podał, że w piśmie z 27 października 2017 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu na wszystkie powyżej opisane okoliczności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo posiadania tych informacji zaniechał wezwania K. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 pzp oraz w trybie art. 26 ust. 4 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie {datowaną na 30 listopada 2017 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzut z pkt III. uzasadnienia}

Zamawiający wskazał, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, tj. konieczność wykonania w wielu przypadkach mebli pod wymiar, co wynikało z pkt 18-21 rozdziału I s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia”, wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia okoliczności, że meble muszą zostać zaprojektowane i wykonane pod

konkretne pomieszczenia. Obowiązkiem wykonawcy po podpisaniu umowy, a przed sporządzeniem projektu, będzie weryfikacja wymiarów pomieszczeń oraz uszczegółowienie z Zamawiającym dokładnych rozmiarów poszczególnych mebli. Stąd wpisanie obok producenta mebli informacji, że meble będą „wykonywane specjalnie” jest prawidłowym wypełnieniem treści oferty.

Zamawiający podał, że w rozdziale VIII pkt 6 lit. c) SIWZ określił sposób wypełniania załącznika nr 1 według kosztów dostawy przedmiotu zamówienia wskazującego co najmniej na m.in. „numer katalogowy, jeżeli został wprowadzony”. Tym samym dopuścił brak podania takiego nr katalogowego. Zamawiający podkreślił, że każdy z producentów może w sposób dowolny nazywać i oznaczać produkty, w szczególności w tym postępowaniu, gdzie na chwilę obecną nie została nawet ustalona kolorystyka dostarczanych mebli.

Zamawiający oświadczył, że nie weryfikuje oferty na podstawie numerów katalogowych, a zaoferowanych parametrów użytkowych i funkcjonalnych.

Zamawiający dodał, że każdy z wykonawców wskazał w swojej ofercie zarówno produkty modyfikowane zgodnie z wymaganiami SIWZ, jak i asortyment gotowych produktów.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzuty z pkt II. uzasadnienia}

Zdaniem Zamawiającego kwestionowany atest higieniczny obowiązuje i dotyczy wszystkich mebli oraz wyposażenia przeznaczonych do wyposażenia obiektów służby zdrowia, laboratoriów i placówek dydaktycznych produkcji K..

Według Zamawiającego pokazanie rysunków czy zdjęć nie świadczy o zmianie treści oferty, gdyż nie oznacza zmiany zaoferowanego asortymentu.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzut z pkt III. uzasadnienia}

Zdaniem Zamawiającego K. wskazując dla oferowanego krzesła z poz. 4 szerokość 529 mm, podał prawidłową szerokość, skoro wymagana była szerokość 540 mm (+/- 20 mm).

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący mówi o szerokości maksymalnej wraz z podłokietnikami, który to wymiar nie był zdefiniowany w SIWZ.

Oдноśnie zarzutów dot. poz. 24 i 25 Zamawiający wyraził stanowisko, że informacje ze stron internetowych, które nie stanowią treści oferty, nie mogą stanowić braku spełnienia wymagań SIWZ, których spełnienie zostało potwierdzone przez K. w złożonych na wezwanie dokumentach.

{ad pkt 2. listy zarzutów – zarzut z pkt IV. uzasadnienia}

Zamawiający podał, że przy analizie dokumentów uzupełnionych przez K. wziął pod uwagę pismo Odwołującego z 27 października 2017 r., ale ponieważ stwierdził, że oferta K. odpowiada treści SIWZ, nie miał powodów, aby wzywać do wyjaśnień.

22 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie {datowane na 21 listopada 2017 r.} przez A. K. S. M. w P. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.



W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, w którym złożył ważną ofertę. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba uznaje za celowe przypomnienie na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym w orzecznictwie wskazuje się, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzut z pkt III. uzasadnienia dotyczący krzesła z poz. 4.}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

W poz. 4 tabeli I. załącznika nr 1.2 do s.i.w.z. opisano krzesło o konstrukcji metalowej z tapicerowanymi siedziskiem, oparciem i podłokietnikami, następująco określając jego wymiary: szerokość na 540 mm (+/- 20 mm), a głębokość na 505 mm (+/- 20 mm). Przedmiotem zamówienia jest 300 szt. takich krzesel.

Izba stwierdziła, że skoro przedmiotem zamówienia było krzesło posiadające podłokietniki, dopuszczalne było zaoferowanie krzesel, których szerokość będzie nie mniejsza niż 520 mm i nie większa niż 560 mm, a głębokość nie mniejsza niż 485 mm i nie większa niż 525 mm, czyli krzesło z podłokietnikami o wymiarach mieszczących się w tak określonych zakresach.

Tym samym Izba uznała twierdzenie Zamawiającego, że sprecyzowany przez niego parametr odnosił się do szerokości krzesła bez uwzględnienia podłokietników, za nieznajdujące oparcia w treści opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie powołał żadnych argumentów na poparcie swojego stanowiska. Nie wiadomo, czemu miałyby służyć przy zamawianiu krzesła z podłokietnikami określanie szerokości, jaką można zmierzyć nie uwzględniając tych podłokietników.

Według Izby racjonalna analiza opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że Zamawiający kierował się przede wszystkim istniejącymi uwarunkowaniami lokalowymi, stąd podawał wymiary zewnętrzne zamawianych mebli, co w przypadku krzesel

lub taboretów (w tym obrotowych) na ruchomej podstawie przekładało się na określenie jej maksymalnej średnicy (poz. 2, 24, 25 i 26). Dodatkowo w przypadku krzesel i taboretów, w trosce o zapewnienie odpowiedniego komfortu przyszłych użytkowników, Zamawiający mógł określić wymiary siedziska i oparcia, co w praktyce nie we wszystkich przypadkach i niejednolicie uczynił. Dla fotela biurowego określił zakres regulacji siedziska, a dla obrotowego krzesła laboratoryjnego dodatkowo średnicę siedziska, która została również precyzyjnie podana dla obu taboretów.

W przypadku krzesła o konstrukcji metalowej Zamawiający poprzestał jedynie na wskazaniu, że siedzisko ma być szerokie i komfortowe. Jest to określenie na tyle generalne, że może być traktowane jedynie jako oczekiwanie optymalnego wykorzystania podanej szerokości maksymalnej i priorytetowego potraktowania szerokości siedziska względem podłokietników. Przy czym skład orzekający Izby na podstawie doświadczenia wynikającego z użytkowania krzesel o konstrukcji metalowej z podłokietnikami stwierdził, że obiektywnie możliwe jest zapewnienie odpowiednio szerokiego i komfortowego siedziska dla krzesła z podłokietnikami, którego szerokość nie przekracza 520 mm. Szczególnie krzesła, w których podłokietniki są integralnym elementem jego konstrukcji, mogą cechować się siedziskami efektywnie wykorzystującymi szerokość krzesła.

Stanowisko Zamawiającego zajęte na rozprawie nie przekonuje również z tego powodu, że stanowi próbę dopasowania interpretacji opisu przedmiotu zamówienia do typu krzesła zaoferowanego przez K., czyli takiego, które powstało przez dodanie dokręcanych podłokietników do podstawowej wersji krzesła, znacznie zwiększając jego szerokość. Stąd producent podaje szerokość krzesła zarówno bez, jak i z podłokietnikami. Przy czym szerokość krzesła bez podłokietników nie oznacza wcale, że takiej szerokości jest siedzisko, gdyż rysunków zamieszczonych w karacie katalogowej producenta wynika, że nie wykorzystuje ono całej dostępnej przestrzeni pomiędzy podłokietnikami.

Oczywiste jest, że do wolnostojącego krzesła, które nie jest meblem wykonywanym według wymiarów przestrzeni, w której ma być zabudowany {co w szczególności zostało zasygnalizowane w tabeli załącznika nr 1.2 do s.i.w.z. określeniami typu „wg. projektu indywidualnego” (poz. 20.), „wg. projektu zabudowy” (poz. 33.)}, nie znajdują zastosowania postanowienia pkt 18-20 regulujące obowiązki wykonawcy poprzedzające wykonanie mebli do zabudowy, w tym weryfikację wymiarów pomieszczeń oraz uszczegółowienie wymiarów tych mebli, w odniesieniu do których Zamawiający zastrzegł, że podane przez niego wymiary należy traktować jako orientacyjne.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2 - 5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie

odrzuconiu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

W rozstrzyganej sprawie zachodzi ewidentna niezgodność w zakresie jednego z parametrów krzesła z poz. 24 tabeli opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane krzesło nie mieści się w wymiarach maksymalnych określonych przez Zamawiającego. Pomimo że powyższa niezgodność dotyczy tylko jednej spośród 51. poz. asortymentowych objętych zamówieniem, nie można jej uznać za nieistotną, skoro dotyczy kilkuset szt. krzesel. Co istotne niezgodności tej nie da się usunąć w sposób dopuszczony ustawą pzp, gdyż wymagałoby to zmiany treści oferty wykraczającej poza zakres zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, tj. zaoferowania przez Przystępującego po upływie terminu składania ofert innego typu krzesła niż wskazane w ofercie, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

{ad pkt 1. listy zarzutów – zarzuty z pkt I.-III. uzasadnienia  
(z wyjątkiem zarzutu dotyczącego krzesła z poz. 4.)}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutów:

Umknęło uwadze Odwołującego, że w rozdziale VIII. specyfikacji zawierającym opis sposobu przygotowania oferty, w pkt 6. dotyczącym dokumentów składających się na ofertę, w lit. c odnośnie „Specyfikacji przedmiotowo-kosztorysowej” Zamawiający wprost wskazał, że ma ona obejmować numer katalogowy, jeśli został wprowadzony. Odwołujący nie udowodnił ani nawet nie twierdził, że dla wskazanych w odwołaniu pozycji takowy numer został wprowadzony, wręcz przeciwnie, podkreślał, że zaoferowano w tych pozycjach meble, które zostaną wykonane na potrzeby tego zamówienia.

Z rozdziału I. specyfikacji zawierającego postanowienia ogólne opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, aby Zamawiający wykluczył możliwość zaoferowania mebli, które zostaną wykonane specjalnie na potrzeby tego zamówienia. Zgodnie z pkt 13. wymagane było, aby oferowany przedmiot zamówienia i wszystkie elementy dodatkowe wchodzące w jego skład były fabrycznie nowe, wyprodukowane w 2017 r., nierekondycjonowane, niepowystawowe, po zainstalowaniu gotowe do użytkowania bez konieczności ponoszenia dodatkowych nakładów finansowych.

Skoro oczekiwanie sprecyzowania nr katalogowych również nie było bezwarunkowe, nie ma podstaw, aby wyłącznie na podstawie niefortunnego sformułowania żądania

dotyczącego dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania przez oferowane meble wymagań określonych przez Zamawiającego wywodzić tak daleko idące wnioski, jak chciałby Odwołujący. W szczególności ze specyfikacji nie wynika, że Zamawiający oczekiwał bezwarunkowego skonkretyzowania przedmiotu oferty przez podanie nr katalogowego asortymentu dotychczas oferowanego na rynku, aby na tej podstawie zweryfikować zgodność oferowanych mebli z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast Zamawiający przewidział przeprowadzanie takiej weryfikacji na podstawie zażądanych w tym celu (rozdział IV. pkt 3. lit. c) w szczególności materiałów informacyjnych, opisów, katalogów lub folderów w języku polskim dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia, niezawierających informacji sprzecznych z podanymi w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że procedura wydawania tzw. atestów higienicznych nie jest ściśle uregulowana przepisami powszechnie obowiązującymi, a ich uzyskanie nie jest obligatoryjne. Ponadto na podstawie treści atestów wskazywanych przez obie strony sporu Izba stwierdziła, że w praktyce w odniesieniu do wyrobów meblarskich ocena higieniczna dokonywana jest na podstawie badania toksyczności materiałów, z których są wykonane. Stąd mniej lub bardziej ogólne określenie mebli, a także możliwość objęcia atestem higienicznym w okresie jego obowiązywania różnych typoszeregów lub wręcz wszystkich mebli danego producenta, które zostaną wykonane z przebadanych materiałów. Wskazuje na to również zastrzeżenie, że atest traci ważność właśnie w przypadku zmian w recepturze albo technologii wytwarzania wyrobu. Jednocześnie atest higieniczny dotyczy zawsze wyrobów konkretnego producenta.

Ważność kwestionowanego atestu została potwierdzona przez jego wystawcę, Zakład Toksykologii Środowiska Wydziału Nauk o Zdrowiu G. Uniwersytetu Medycznego, w pisemnym oświadczeniu z 21 listopada 2017 r. Izba nie miała podstaw do jego zakwestionowania w sytuacji, gdy uprawnienie tego podmiotu do wystawiania atestów higienicznych w tym zakresie nie było przez Odwołującego w żaden sposób podważane.

Na rozprawie okazało się, że to co Odwołujący wziął za zdjęcia gotowych produktów, w istocie stanowi wizualizację w specjalistycznym programie komputerowych mebli, które K. zamierza specjalnie wykonać na potrzeby tego zamówienia, co Przystępujący wykazał za pomocą zrzutów ekranu. A Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodów przeciwnych ani nawet nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego.

Przedstawione Zamawiającemu opisy, potwierdzające zgodność z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia dla poz. 24 i 25 parametrów oferowanego krzesła KL-3 oraz taboretu TL-08, zostały potwierdzone przez ich producenta, Zakład Mechaniki Precyzyjnej S. J. M. w S.. Okazało się, że producent gotowy jest zakwestionowane w odwołaniu produkty

dostosować do wymagań przetargu bez zmiany ich oznaczenia katalogowego. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że wbrew temu, co podał w odwołaniu, w odróżnieniu od wyrobów prezentowanych na stronach internetowych, Zamawiającemu zaoferowano krzesło i taboret laboratoryjny, które nie są wyrobami medycznymi, stąd wraz z opisem złożono nie atesty higieniczne, a deklaracje zgodności wystawione przez producenta.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że pozostałe zarzuty są niezasadne.

W przedstawionym powyżej rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie zaszła żadna z pozostałych wywiedzionych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty K., gdyż zarzuty te zostały oparte na błędnych ustaleniach faktycznych, zarówno co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i treści oferty oraz dokumentów złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp przez zaniechaniu wezwania do wyjaśnień jest bezzasadny, gdyż Zamawiający dysponował dokumentami, na których podstawie mógł podjąć prawidłową decyzję.

Ponieważ Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności dotyczących naruszenia art. 7 ust. 2 pzp, również ten zarzut należy uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 ze zm.) – zaliczając do tych kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając na jego rzecz od Zamawiającego jego równowartość.

**Przewodniczący:** .....