

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2020 r. przez wykonawcę

**Office Plus Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Office Plus Kraków Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Office Plus Kraków Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę foteli oraz krzeseł dla inwestycji pn: Rozbudowa i nadbudowa pawilonu S-1 AGH w Krakowie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 87-206510. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Office Plus Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. w części dotyczącej krzesła konferencyjnego o symbolu K3 była niekompletna i niedopuszczalna i niecelowe było kierowanie przez Zamawiającego do KJMK Meble Sp. z o.o. wezwania do złożenia wyjaśnień, skoro ustawa nie zezwala na prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieodrzućenie oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaoferowane przez tego wykonawcę produkty nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykonawca w załączonym do formularza oferty dokumencie „Opis techniczny Specyfikacja foteli krzeseł” w pozycji „Symbol K3 krzesło konferencyjne z pulpitem” zaoferował produkt bez tapicerki, który nie spełniał wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem Zamawiający wymagał, aby krzesło konferencyjne z pulpitem oznaczone symbolem K3 posiadało tapicerkę o parametrach wyspecyfikowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego,
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybranie oferty KJMK Meble Sp. z o.o. pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty KJMK Meble Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty Odwołującego, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika procesowego w kwocie 3.600 złotych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożona przez KJMK Meble Sp. z o.o. oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaoferowane przez tego wykonawcę produkty nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści złożonej oferty wynika bowiem, że przedmiot „Symbol K3 krzesło konferencyjne z pulpitem” nie spełnia wymagań opisanych w dokumencie – załączniku nr 1b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis techniczny krzesel i foteli.

Zamawiając sprecyzował cechy dla produktu „Symbol K3 krzesło konferencyjne z pulpitem” w „Opisie technicznym”. Ponadto, w piśmie z 28 maja 2020 r. „Odpowiedzi na zapytania i zmiana SIWZ”, dokonał wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zmienił wymagania dla krzesła konferencyjnego K3 – w odpowiedzi na pytanie nr 3 wskazał bowiem, że dopuszcza przyjęcie parametrów tapicerki krzesła konferencyjnego opatrzonego symbolem K3 takich samych jak dla krzesła konferencyjnego o symbolu K4 oraz uzupełnił opis krzesła konferencyjnego opatrzonego symbolem K3 o następujący opis: „Tapicerka: Skład: warstwa wierzchnia: 100% winyl, podkład 100% poliester Hi-Loft Gramatura: 650 g/m<sup>2</sup>, Odporność na ścieranie: >=300 000 cykli Martindale, Trudnozapałność: EN 1021 1&2 (papieros i zapalka) lub równoważna, Inne: EN 71-3 bezpieczeństwo zabawek (migracja określonych pierwiastków), lub równoważna, Kolor jasny szary”.

Udzielane w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają takie samo znaczenie prawne jak pierwotna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowią jej równorzędną część; *de facto* często też stanowią modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (już choćby poprzez ich doprecyzowanie), nawet jeśli zamawiający formalnie nie powoła się na art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyrok KIO 1193/19).

Zamawiający zatem wyspecyfikował produkt „Symbol K3 krzesło konferencyjne z pulpitem” w następujący sposób:

- Krzesło stacjonarne na stalowej ramie ze zintegrowanymi podłokietnikami.
- Konstrukcję krzesła tworzy metalowa rama: nogi przednie wykonane z profilu owalnego 30x15x1.5 mm, nogi tylne wykonane są z rury fi 16 x 2.0 mm. Rama pokryta farbą proszkową w kolorze Alu, szarym.

- Miska siedziska wykonana z 5-warstwowej sklejki profilowanej grubości 7.5 mm, oklejona z przodu formatką gąbki o gęst. 25 kg/m<sup>3</sup> – gr. 40 mm oraz 25 kg/m<sup>3</sup> – gr. 10 mm w tylnej części.
- Drewniany pulpit z zaokrąglonymi bokami, wycięty ze sklejki bukowej o gr. 10.5 mm.
- Nakładki podłokietników wykonane są z litego drewna bukowego.
- Stopki z tworzywa sztucznego zapobiegające zarysowaniom powierzchni.
- Możliwość łączenia w rzędy za pomocą specjalnych elementów.
- Drewniane nakładki podłokietników.
- Dostępna wersja dla leworęcznych.

Tapicerka:

- Skład: warstwa wierzchnia: 100% winyl, podkład 100% poliester Hi-Loft,
- Gramatura: 650 g/m<sup>2</sup>,
- Odporność na ścieranie: >=300 000 cykli Martindale,
- Trudnozapałność: EN 1021 1&2 (papieros i zapałka) lub równoważna. Inne: EN 71-3 bezpieczeństwo zabawek (migracją określonych pierwiastków), lub równoważna,
- Kolor jasny szary.

Podstawowe wymiary:

- Całkowita wysokość: 880 mm,
- Wysokość siedziska: 450 mm,
- Szerokość siedziska: 460 mm,
- Głębokość siedziska: 460 mm,
- Wymiary pulpitu: 355x283 mm.
- Atest wytrzymałościowy: EN16139, EN1728, EN1022 lub równoważne.

Z załączonego przez KJMK Meble Sp. z o.o. do formularza oferty dokumentu „Opis techniczny Specyfikacja foteli krzesel” w pozycji „Symbol K3 krzesło konferencyjne z pulpitem” wynika wprost, że oferent ten zaoferował ww. produkt bez tapicerki, gdyż nie przedstawił żadnych parametrów w tym zakresie.

W świetle powyższego istotne jest, że Zamawiający w punkcie 7.2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że oferta musi zawierać m.in.: Opis techniczny oferowanych krzesel i foteli wraz z ich faktycznymi parametrami technicznymi w taki sposób, by Zamawiający był w stanie stwierdzić, czy oferowane fotele i krzesła spełniają wymagania określone w dokumentacji przetargowej. W zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć: (i) opisy wraz z parametrami, (ii) rysunki lub fotografie dla wszystkich elementów dostawy. Dodatkowo w punkcie 11.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisano: Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji.

Oferta KJMK Meble Sp. z o.o. jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż wykonawca ten zaoferował krzesło konferencyjne z pulpitem symbol K3 bez tapicerki, czyli nie spełniające wymagań określonych w dokumentacji przetargowej.

Z tego względu oferta wykonawcy powinna być odrzucona, albowiem zaoferowane w ofercie świadczenie nie odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

KJMK Meble Sp. z o.o. pismem z 1 lipca 2020 r. złożył wyjaśnienia do przedłożonej oferty, w których lakonicznie stwierdził, że „dla krzesła z symbolem K3 została skalkulowana tapicerka taka sama jak dla krzesła K4, czyli tapicerka Valencia, producent Nowy Styl”.

W ocenie Odwołującego to ostatnie oświadczenie KJMK stanowi niedopuszczalne uzupełnienie oferty. W doktrynie i orzecznictwie jednoznacznie przyjmuje się, że na gruncie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian treści oferty. W wyroku KIO 854/19 Izba wskazała, że wycena brakujących pozycji cenowych w drodze wyjaśnień narusza zakaz prowadzenia negocjacji z wykonawcą: „Przepis art. 87 ust. 1 Pzp określa granice, w których możliwe jest wyjaśnianie treści oferty przez wykonawcę – niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Nie są dopuszczalne wyjaśnienia wykonawcy, które prowadziłyby do zmiany treści oferty, poprzez uzupełnienie oświadczenia, którego brak jest w ofercie pierwotnej. Wyjaśnienie w tym przypadku co do wyceny pozycji brakujących prowadziłoby *de facto* do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.”

Wzywając KJMK Meble Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień do złożonej oferty Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem treść oferty w części dotyczącej krzesła konferencyjnego o symbolu K3 była niekompletna i niedopuszczalne i niecelowe było kierowanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień, skoro ustawa nie zezwala na prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wyjaśnienia wykonawcy są również nieprawdziwe. Producent – firma Nowy Styl nie posiada w swoim asortymencie wskazanej przez KJMK Meble Sp. z o.o. tapicerki o nazwie Valencia. Z dostępnych informacji wynika, że część modeli foteli, których producentem jest firma Nowy Styl, może być wykonana przy zastosowaniu tapicerki o nazwie „Valencia”, która produkowana jest przez firmę Spradling.

W okolicznościach faktycznych sprawy nie może być kwestionowane to, że uchybienia w ofercie mają charakter istotny, bowiem dotyczą one 24 zaoferowanych produktów. Produkty te w formularzu cenowym zostały opisane, jako produkt o nazwie: „pulpitem”, co w ogóle stawia pod znakiem zapytania to, czy oferent KJMK Meble Sp. z o.o. zaoferował wymagane przez Zamawiającego krzesło konferencyjne o symbolu K3. Przyjmując jednak hipotetycznie, że zaoferował krzesło konferencyjne K3, niezgodność zaoferowanego produktu z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma doniosły

charakter, bowiem faktem notoryjnym jest, że produkty tapicerowane posiadają nie tylko wyższe walory estetyczne, ale są również wygodniejsze i bardziej komfortowe niż krzesła bez obicia tapicerskiego.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym pogwałcił naczelne zasady ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie ww. przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem czynności i zaniechania, których dopuścił się Zamawiający w toku postępowania, doprowadziły w konsekwencji do sytuacji, w której jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca ten zaoferował produkty niespełniające wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia dwóch odrębnych dokumentów: 1) kalkulacji cenowej – załącznik 1a do formularza oferty, w którym wykonawcy zobowiązani byli do wskazania producenta oraz modelu oferowanych przez wykonawców produktów oraz 2) dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu świadczenia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 7.2.6 specyfikacji). Kalkulacja cenowa z uwagi na treść w niej zawartą (nazwy producentów, modeli oferowanych produktów, ceny jednostkowe) ma charakter oświadczenia woli i stanowi, w ocenie Zamawiającego, treść oferty. Natomiast opisy techniczne żądane były przez Zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumenty te, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlegają procedurze uzupełnienia w sytuacjach określonych w przepisie.

Wybrany wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o. w złożonym w postępowaniu załączniku nr 1a – kalkulacji cenowej, w pozycji dla produktu o nazwie „Krzesło K3” zaoferował krzesło konferencyjne z pulpitem – Nowy Styl Samba ARM. Jednocześnie do oferty, zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dołączony został opis techniczny oferowanych krzesel i foteli, w tym opis parametrów krzesła oznaczonego symbolem K3. Z treści opisu wynikało, że krzesło konferencyjne z pulpitem Nowy Styl, Samba ARM, oklejone jest z przodu formatką gąbki o gęst. 25k/m<sup>3</sup> – gr. 40 mm oraz 25kg/m<sup>3</sup> – gr. 10 mm w części tylnej.

Powyższy zapis sugerował Zamawiającemu, że krzesło oklejone gąbką, istniejące na rynku i sprzedawane jako gotowy produkt musi być jednocześnie krzesłem tapicerowanym. Dodatkowo wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o. w kalkulacji cenowej w pozycji oznaczonej symbolem K4 również zaoferował krzesła konferencyjne Nowy Styl, Samba. Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametry dla krzesel K4 były tożsame z parametrami wymaganymi dla krzesel K3, jedyna różnica dotyczyła pulpitu nie wymaganego dla krzesła K4. Opis techniczny krzesel K4 dołączony do oferty wskazywał, że krzesła Nowy Styl Samba są krzesłami tapicerowanymi oraz, że parametry tapicerki spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tożsamość krzesel w zakresie parametrów potwierdzały m.in. rysunki umieszczone w opisie technicznym złożonym wraz z ofertą przez wykonawcę KJMK Meble Sp. z o.o.

Z uwagi na brak w załączonym do oferty opisie technicznym parametrów tapicerki Zamawiający 1 lipca 2020 r. wezwał wykonawcę KJMK Meble Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści wezwania zamawiający napisał: „Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy zaoferowane krzesło jest krzesłem tapicerowanym”. W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił: „niniejszym informuję, że w naszej ofercie dla krzesła K3 została skalkulowana tapicerka taka sama jak dla krzesła K4, czyli tapicerka Valecja, producent Nowy Styl”.

Zamawiający przyznał, iż w treści wezwania została błędnie wskazana podstawa prawna wezwania, to jest art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamiast art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie prowadzi to jednak do nieważności czynności wezwania. Zdaniem Zamawiającego wezwanie to było czynnością zgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje na uprawnienie zamawiającego do wezwania w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia w zakresie tapicerki dotyczyły opisów technicznych oferowanych krzesel i foteli, to jest dokumentów żądanych przez Zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieszają się również dokumenty i oświadczenia sporządzone przez wykonawcę.

Pierwotna treść oferty złożonej przez wykonawcę KJMK Meble Sp. z o.o. konkretyzowała zaoferowany produkt w sposób zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca w załączniku 1a wpisał, iż oferuje krzesło konferencyjne z pulpitem – krzesło Nowy Styl Samba ARM. W takim stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był

do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o brakujące elementy opisów technicznych składanych na potwierdzenie spełniania wymagań zamawiającego przez oferowane krzesła. Zamawiający nie wezwał jednak wykonawcy do uzupełnienia braków w ofercie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie opisów tapicerki, ponieważ uznał, iż będzie stanowiło to nadmierny formalizm. Treść wyjaśnień wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. uprzedziła czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z uwagi na okoliczność, iż wskazywała jednoznacznie parametry oferowanej tapicerki. Wyjaśnienia te stanowiły, w ocenie Zamawiającego, samodzielne uzupełnienie oferty dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uznał zatem, iż treść oferty w zakresie parametrów technicznych jest kompletna i poprawna, a tym samym nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwotna treść oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. nie pozostawała w sprzeczności z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy uzupełniły ofertę o brakujące elementy w sposób zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. W ramach dokonanych wyjaśnień nie doszło do wytworzenia nowej oferty ani zmiany oferowanego krzesła, co naruszałoby zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść wyjaśnienia wykonawcy pozwoliła Zamawiającemu na ocenę zgodności wybranej oferty z wymaganiami i uprzedziła czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia opisów brakujących parametrów technicznych tapicerki. Krzesło Nowy Styl Samba ARM zaoferowane w wybranej ofercie spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działanie takie prowadziłoby do odrzucenia niższej cenowo oferty wykonawcy, który zaoferował taki sam produkt jak Odwołujący i stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączników do niej, treść wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonych 28 maja 2020 r.,

treść oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. i udzielonych przez niego wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. w części dotyczącej krzesła konferencyjnego o symbolu K3 była niekompletna i niedopuszczalne i niecelowe było kierowanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień, skoro ustawa nie zezwala na prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieodrzućenie oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybranie oferty KJMK Meble Sp. z o.o. pomimo tego, iż oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera naczelne zasady zamówień publicznych, wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (który nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek – niż wskazane w punkcie 1. i 2. tego przepisu, tj. oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) polegające na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z kolei, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ust. 1a dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, a ust. 2 stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał:

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę foteli oraz krzesel do nowego skrzydła w budynku S-1 AGH w Krakowie (zgodnie z zestawieniem, kalkulacją cenową – zał. nr 1a ). Wykaz i opis krzesel i foteli objętych dostawą i montażem został zamieszczony w załączniku nr 1b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis techniczny krzesel i foteli (opis\_techniczny.doc) oraz załączniku 1a – zestawienie ilościowe krzesel i foteli (kalkulacja\_cenowa\_xls).

Zgodnie z rozdziałem 6. „Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych w postępowaniu, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnianie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia” oferta musiała zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1. wypełniony i podpisany przez osobę upoważnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy formularz ofertowy – zgodnie z załącznikiem nr 1,

2. dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego:

- Kalkulacja cenowa – zgodnie z załącznikiem nr 1A do formularza oferty,

- Opis techniczny oferowanych krzesel i foteli wraz z ich faktycznymi parametrami technicznymi w taki sposób, by Zamawiający był w stanie stwierdzić, czy oferowane fotele i krzesła spełniają wymagania określone w dokumentacji przetargowej.

W zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć: opisy wraz z parametrami, rysunki lub fotografie dla wszystkich elementów dostawy.

Zgodnie z zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisem krzesel, krzesło o symbolu K3 – krzesło konferencyjne z pulpitem miało posiadać następujące cechy:

- Konstrukcję krzesła tworzy metalowa rama: nogi przednie wykonane z profilu owalnego 30x15x1.5 mm, nogi tylne wykonane są z rury fi 16 x 2.0 mm. Rama pokryta farbą proszkową w kolorze Alu,

szarym.

- Miska siedziska wykonana z 5-warstwowej sklejki profilowanej grubości 7.5 mm, oklejona z przodu formatką gąbki o gęst. 25kg/m<sup>3</sup> – gr. 40 mm oraz 25kg/m<sup>3</sup> – gr. 10 mm w tylnej części.
- Drewniany pulpit z zaokrąglonymi bokami, wycięty ze sklejki bukowej o gr.10.5 mm.
- Nakładki podłokietników wykonane są z litego drewna bukowego.
- Stopki z tworzywa sztucznego zapobiegające zarysowaniom powierzchni.
- Możliwość łączenia w rzędy za pomocą specjalnych elementów.
- Drewniane nakładki podłokietników.
- Dostępna wersja dla leworęcznych.
- Podstawowe wymiary: całkowita wysokość: 880 mm, wysokość siedziska: 450 mm, szerokość siedziska: 460 mm, głębokość siedziska: 460 mm, wymiary pulpitu: 355x283 mm.
- Atest wytrzymałościowy: EN16139, EN1728, EN1022 lub równoważne.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 z 28 maja 2020 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pytanie: „Jakiego rodzaju parametry należy przyjąć dla tapicerki krzesła konferencyjnego opatrzonego symbolem K3. OPZ sugeruje, poprzez zapis <<oklejona z przodu formatką gąbki o gęst. 25k/m<sup>3</sup> – gr.40 mm oraz 25kg/m<sup>3</sup> – gr. 10 mm w tylnej części>> że jest to krzesło tapicerowane. Czy Wykonawca może przyjąć rodzaj tapicerki tożsamy z opisem dla krzesła konferencyjnego o symbolu K4, jeśli nie – Wykonawca wnosi o modyfikację treści SIWZ w tym zakresie.”

Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza przyjęcie parametrów tapicerki krzesła konferencyjnego opatrzonego symbolem K3 takie same jak dla krzesła konferencyjnego o symbolu K4. Zamawiający uzupełnia opis krzesła konferencyjnego opatrzonego symbolem K3 o następujący opis: Tapicerka: Skład: warstwa wierzchnia: 100% winyl, podkład 100% poliester Hi-Loft Gramatura: 650 g/m<sup>2</sup>, Odporność na ścieranie: > = 300 000 cykli Martindale, Trudnozapałność: EN 1021 1&2 (papieros i zapałka) lub równoważna, Inne: EN 71-3 bezpieczeństwo zabawek (migracja określonych pierwiastków), lub równoważna. Kolor jasny szary.”

Wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o. złożył ofertę, w której wskazał w formularzu cenowym, że oferuje krzesło K3 firmy Nowy Styl model Samba Arm.

Zamawiający, jak wyjaśnił podczas rozprawy, nie miał wątpliwości, że w przedmiotowej pozycji chodzi o to krzesło, pomimo że w kolumnie zawierającej opis oferowanego produktu znalazło się tylko wskazanie „pulpitem”, ponieważ wskazywały na to inne elementy tabeli, jak oznaczenie pomieszczenia, do którego krzesło jest przeznaczone, nazwa modelu „arm” oraz usytuowanie pozycji pomiędzy krzesłami K2 i K4.

W opisie technicznym krzesła brak jednak było odniesienia do tapicerki. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, opis był kopią opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający powziął więc wątpliwości, czy wykonawca ten uwzględnił odpowiedź nr 3 z 28 maja 2020 r.

Pismem z 1 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazując, że pismem z 28 maja 2020 r. uzupełnił parametry krzesła K3 o opis parametrów tapicerki. Zaś wykonawca, w załączniku nr 1a kalkulacji cenowej zaoferował krzesło K3 – krzesło konferencyjne z pulpitem firmy Nowy Styl, Samba Arm, w opisie technicznym którego brak jest informacji o tapicerce. W związku z tym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy zaoferowane krzesło jest krzesłem tapicerowanym.

W odpowiedzi wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o. wyjaśnił, że „w naszej ofercie dla krzesła K3 została skalkulowana tapicerka taka sama jak dla krzesła K4 czyli tapicerka Valencia, producent Nowy Styl”.

Po zapoznaniu się z powyższym stanem faktycznym Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, po otrzymaniu oferty wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o. i zapoznaniu się z jej treścią powziął wątpliwości, czy przedmiot zaoferowany w ramach wymaganego krzesła konferencyjnego o symbolu K3 spełnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach do niej ze względu na to, że w opisie wskazano jedynie na obicie siedziska gąbką – jak w pierwotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie ujęto jednak wprost informacji o tapicerce. Jednocześnie jednak z oferty nie wynikało, że krzesło nie będzie tapicerowane. Zamawiający postanowił więc skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści oferty opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podana podstawa prawna była prawidłowa, bowiem Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty (zaoferowano tapicerkę czy nie), a nie treści samego dokumentu, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jest to typowa sytuacja, do której odnosi się art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający nie jest pewien zakresu oferowanego przedmiotu, gdyż pewnych danych nie wyrażono wprost w żadnym kierunku (na pewno spełnia, czy nie spełnia), jak też

domyśla się z oferty pewnego stanu rzeczy, lecz chciałby uzyskać jasną deklarację wykonawcy („proszę o wyjaśnienie, czy zaoferowane krzesło jest krzesłem tapicerowanym”). Nie ma tu mowy o zmianie treści oferty lub negocjacjach tej oferty, a wykonawca ma jedynie odpowiedzieć: „tak” lub „nie”, co też zrobił wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o.: „w naszej ofercie dla krzesła K3 została skalkulowana tapicerka”.

Takie zapytanie skierowane do wykonawcy – w zaistniałym stanie faktycznym – nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Potwierdzają to orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama oraz z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova.

W pierwszym z nich Trybunał wskazał: „Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.” W drugim Trybunał stwierdził: „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.” (Przy czym TSUE zasadniczo nie rozróżnia sytuacji oferty w podziale na tzw. dokumenty podmiotowe – odnoszące się do wykonawcy i przedmiotowe – dotyczące oferowanego przedmiotu i zakresu świadczenia).

Z powyższych wskazań odniesienie w powyższej sprawie mają dwa: wyjaśnienie nie będzie *de facto* przedstawieniem nowej oferty oraz dotyczy kwestii, co do której można w sposób obiektywny ustalić, iż istniała w chwili składania oferty.

Wykonawca KJMK Meble Sp. z o.o. wskazał w ofercie producenta i model oferowanego krzesła (nieokreślając całego katalogowego symbolu modelu, lecz również Odwołujący podał jedynie nazwę główną), jak również to, że będzie obite gąbką.

Ma rację Odwołujący, że trudno sobie wyobrazić w użyciu – zwłaszcza w instytucji publicznej – krzesło obite jedynie gąbką, bez tapicerki. Zatem logicznie można wnioskować, że gąbka ta w zamierzeniu miała zostać pokryta jakimś obiciem. Dodatkowo, z przedstawionego przez Odwołującego podczas rozprawy wyciągu z katalogu dla modelu Samba wynika, że model ten zawiera kilka opcji, przy czym wszystkie są krzesłami tapicerowanymi (oprócz oznaczonych jako WOOD – z drewnianym siedziskiem oraz NET – z siatkowym siedziskiem, co do których nie było wątpliwości, że nie zostały zaoferowane, nie posiadają też obicia z gąbki).

Tym samym nie ma podstaw, by oświadczenie wykonawcy KJMK Meble Sp. z o.o.: „w naszej ofercie dla krzesła K3 została skalkulowana tapicerka taka sama jak dla krzesła K4” potraktować jako nową ofertę ani też uznać, że oferta w tym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stanowi to jedynie usunięcie pewnych nieścisłości, które się pojawiły. W związku z powyższym nie ma również podstawy do odrzucenia oferty w wykonaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie potraktowała również wskazania, że zaoferowano tapicerkę „Valencja, producent Nowy Styl”, a nie Valencia, produkcji firmy Spradling stosowaną przez firmę Nowy Styl – jak twierdzi Odwołujący (co nie było zresztą zarzutem, lecz raczej stwierdzeniem Odwołującego „na marginesie”), gdyż producent czy nazwa tapicerki nie ma znaczenia w przedmiotowym sporze.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Pełnomocnik Zamawiającego nie przedstawił dokumentów mogących stanowić podstawę do uwzględnienia kosztów dojazdu na rozprawę, zatem Izba nie zasądziła tych kosztów.

**Przewodniczący:** .....