

**WYROK**

**z dnia 27 kwietnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **SIGMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Siemianowice Śląskie – Urząd Miasta Siemianowice Śląskie**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Siemianowice Śląskie – Urząd Miasta Siemianowice Śląskie, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego: **Gminy Siemianowice Śląskie – Urząd Miasta Siemianowice Śląskie** na rzecz Odwołującego: **SIGMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Opolu kwotę 11 864 zł 75 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w łącznej kwocie 764 zł 75 gr (słownie: siedemset sześćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt pięć groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Siemianowice Śląskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup i dostawa mebli biurowych na potrzeby Urzędu Miasta Siemianowice Śląskie”. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Część pierwsza pn. „Zakup krzeseł biurowych ergonomicznych.”, numer referencyjny: ZO.271.8.2020, Rejestr zamówień: ZP.rp.80.2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 23 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 771453-N-2020.

Pismami z 9 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy SIGMA Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „Odwołujący”), który w terminie ustawowym wniósł odwołanie w części pierwszej postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 i art. 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące unieważnieniem postępowania pomimo niewystąpienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące przyjęciem, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i jej odrzuceniem pomimo, iż w rzeczywistości oferta ta jest zgodna z SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty SIGMA Sp. z o.o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania, Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający powołując się na art. 93 ust. 1 pkt

7 ustawy Pzp unieważnił postępowanie podając, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego wadą postępowania jest określenie w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Dodatek nr 4a do SIWZ – dalej: „SOPZ”) zbyt rygorystycznych wymagań, co do niektórych parametrów dotyczących krzeseł biurowych ergonomicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i które mogą ograniczyć krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że „zbyt szczegółowe określenie wprost poszczególnych parametrów krzeseł biurowych ergonomicznych w rezultacie może prowadzić do sytuacji, w której parametry te spełniałby produkt tylko jednego określonego producenta, co z kolei powoduje, że oferowane przez Wykonawców krzesła pomimo tego, że koncepcyjnie odpowiadają potrzebom Zamawiającego, to z uwagi na uściślane wymagania Zamawiającego formalnie zostają uznane jako niezgodne z SIWZ.” Zamawiający wysunął tezę, że określenie tych zbyt rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych mogło uniemożliwić udział w postępowaniu niektórych wykonawców, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego przyczyny unieważnienia postępowania, określone przez Zamawiającego, nie istnieją, a nadto nie zostały przez Zamawiającego nawet uprawdopodobnione. Zamawiający bowiem nie podał żadnego uzasadnienia swego stanowiska, czym naruszył przepis art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Nie jest wiadomo co legło u podstaw powstania u Zamawiającego, po kilkumiesięcznym okresie trwania postępowania, na jego końcowym etapie, przekonania, że określone przez niego wymagania, co do „niektórych” parametrów krzeseł ergonomicznych, są zbyt rygorystyczne. Nie wiadomo też w jaki sposób i dlaczego Zamawiający uznał, że określenie przez niego wymaganych parametrów krzeseł „może prowadzić do sytuacji, w której parametry te spełniałby produkt tylko jednego określonego producenta”. Samo stwierdzenie Zamawiającego, że powziętą wątpliwość co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia bez podania konkretnych przyczyn ku temu, nie jest wystarczające ani do stwierdzenia, że mogło to zawęzić przedmiot zamówienia do produktu jednego producenta, ani, że mogło to ograniczyć krąg potencjalnych oferentów, ani tym bardziej do unieważnienia postępowania. Fakt, że Zamawiający, uzasadniając czynność unieważnienia postępowania, ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń oraz szeroko cytowanego orzecznictwa KIO, bez podania jakichkolwiek podstaw swych twierdzeń, dyskwalifikuje tą czynność pod względem jej zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę, iż odnośnie parametrów krzeseł ergonomicznych zostały zadane przez wykonawców trzy pytania. Zamawiający odpowiedział

na nie i w jednym przypadku dokonał zmiany Dodatku nr 4a do SIWZ w zakresie parametrów głębokości siedziska krzesła (z: „minimum 410 mm maksimum 470 mm” na: „minimum 410 mm maksimum 510 mm”). Ofertę do części 1 zadania złożyło 12 wykonawców. Zamawiający, z tych ofert ocenił zaledwie 2 oferty i na tej podstawie, jak się wydaje, ustalił, że określone przez niego w OPZ „wprost, niektóre parametry” mogły spowodować zawężenie kręgu oferentów. Trudno jednak zgodzić się z Zamawiającym, skoro nie dokonał on oceny większości ofert złożonych w postępowaniu, a tylko wobec dwóch z nich (ze względu na przyjętą procedurę, z której wynikało, że opis oferowanych krzesel z podaniem modelu i nazwy producenta miał składać tylko ten wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona) mógł ustalić jakie krzesła, jakiego producenta zostały zaproponowane. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie Zamawiający choćby podjął wątpliwość, że określone przez niego parametry krzesel mogłyby doprowadzić do sytuacji, że możliwe do zaproponowania byłoby krzesło tylko jednego producenta. Odwołujący oświadczył, że znane mu są co najmniej dwa krzesła, dwóch różnych producentów, które spełniają wymagania Zamawiającego określone w SOPZ. Są to: Simple C+ NET 2D S20 zagłówek foxtrot PA 175/130 PUC+ SS2 USZ PDDE, produkcji BGroup Sp. z o.o. Sp. K. oraz Xenon Net 111SL P59PU baza czarna kółka miękkie, produkcji Flokk sp. z o.o. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SOPZ nie doprowadził zatem do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, a tym samym do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Opierając się na przywołanym orzecznictwie Odwołujący zauważył, że do unieważnienia postępowania nie wystarczy powołanie się wyłącznie na art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, na zasadzie wskazania potencjalnej możliwości wystąpienia przez Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy na zamówienia publiczne, z powodu niczym niepopartej wątpliwości Zamawiającego co do poprawności sporządzenia SOPZ. Nie wystarczy też, zdaniem Odwołującego, powołanie się na naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i na orzecznictwo KIO w tym zakresie, bez podania konkretnych podstaw, które uprawdopodobniałyby naruszenie uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, a nie tylko stanowiły wątpliwości Zamawiającego, powstałe z niezidentyfikowanych przyczyn. Usankcjonowanie tego typu postępowania zamawiających, w opinii Odwołującego, prowadziłoby do możliwości bezkarnego unieważniania postępowań, w sposób całkowicie dowolny, na podstawie arbitralnie podjętych przez nich decyzji.

Odwołujący stwierdził również, iż przyczyny unieważnienia postępowania zostały przez Zamawiającego sformułowane w sposób wyjątkowo ogólnikowy, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Do unieważnienia postępowania nie jest wystarczające bowiem podanie uzasadnienia prawnego,

ograniczającego się do powołania na przepisy prawne i orzecznictwo, które w sprawie potencjalnie mogłoby mieć zastosowanie. Ponadto wskazane przez Zamawiającego rzekome zbyt rygorystyczne określenie niektórych parametrów krzesła, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie mogą być w ogóle uznane za wady, mające wpływ na zasadę konkurencyjności, czy na ilość złożonych ofert. Opisane przez Zamawiającego krzesło jest bowiem dostępne na rynku w ofercie co najmniej dwóch producentów i zostało zaoferowane m.in. przez Odwołującego w tym postępowaniu. Oznacza to, że podane przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania nie istnieją.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, wykonawca ten podał, że w uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający podał, że treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zaproponowane przez Odwołującego krzesła ergonomiczne nie spełniają wymagań, w zakresie wymiarów, określonych przez Zamawiającego w SOPZ, co zdaniem Odwołującego nie polega na prawdzie, bowiem zaoferowane przez niego krzesła spełniają wymagania SOPZ dla krzesła biurowych ergonomicznych, tj. wymóg posiadania siedziska wyposażonego w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm oraz aby wysokość podłokietników od siedziska wynosiła minimum 150 mm, maksimum 240 mm. W złożonym na wezwanie Zamawiającego, Opisie oferowanych krzesła biurowych ergonomicznych - w odniesieniu do Części 1 zadania, Odwołujący podał, że oferowane przez niego krzesła posiadają: siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od 50\*\*mm do 60\*\* mm oraz wysokość podłokietników od siedziska minimum 160\*\* mm - maksimum 240\*\* mm. W związku z tym nie jest zrozumiałe dlaczego Zamawiający uznał, że w/w wymiary oferowanych krzesła nie spełniają wymagań SOPZ.

Jeśli chodzi o wymiary regulacji głębokości siedziska Odwołujący wyjaśnił, iż zaproponowane przez niego krzesło posiada głębokość siedziska o wymiarach 450 mm - 510 mm. Zgodnie bowiem z definicją głębokości siedziska, stosowaną w branży meblarskiej, w przypadku produktów z regulacją głębokości siedziska pomiar podawany jest przy minimalnym i maksymalnym wysunięciu siedziska. W związku z tym, zakres regulacji siedziska krzesła oferowanych przez Odwołującego wynosi 60 mm. Powyższe należy odnieść do wymagań Zamawiającego, określonych w SOPZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby zakres regulacji siedziska wynosił od minimum 50 mm do maksimum 80 mm. Odwołujący więc zaproponował krzesło, którego zakres regulacji siedziska mieści się w żądanym przez Zamawiającego przedziale, bo wynosi w sumie 60 mm. W związku z tym Odwołujący, wypełniając przygotowany przez Zamawiającego wzór tabeli - Opis oferowanych krzesła ergonomicznych, podał zakres regulacji głębokości siedziska, w sposób, którego żądał Zamawiający i oświadczył, że w zaproponowanym przez niego krzesle

siedzisko posiada mechanizm regulacji głębokości siedziska w zakresie od 50 mm do 60 mm, a więc mieści się w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Nie jest wiadomo dlaczego Zamawiający uznał, że w tym zakresie wymiary krzesła zaproponowanego przez Odwołującego są niezgodne z jego wymaganiami.

Następnie Odwołujący stwierdził, że jeśli chodzi o wymiary podłokietników krzesła, stanowisko Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami, których Zamawiający udzielił wykonawcom, w odpowiedzi na pytania zadane do SIWZ, przed terminem składania ofert. Na pytanie: „Czy Zamawiający dopuści Krzesło ergonomiczne o głębokości siedziska min 450 - maks 510 mm oraz o regulacji podłokietników od min. 160 mm - 240 mm maks.” Zamawiający odpowiedział: „Zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia „Część 1 - zakup krzesel biurowych ergonomicznych” (Dodatek nr 4a do SIWZ) „Podłokietniki krzesła czarne, z miękką nakładką wykonaną z PU (z poliuretanu), z możliwością regulacji w zakresie wysokości względem siedziska oraz regulacją nakładki przód-tył, prawo-lewo. Wysokość podłokietników: od siedziska minimum 150 mm, maksimum 240 mm”, tym samym zakres wskazany w zapytaniu mieści się w zakresie podanym przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w złożonym, na wezwanie Zamawiającego, Opisie oferowanych krzesel biurowych ergonomicznych podał, że oferowane przez niego krzesła posiadają: wysokość podłokietników od siedziska minimum 160\*\* mm - maksimum 240\*\* mm - czyli dokładnie te same wymiary, o które pytał jeden z wykonawców i które Zamawiający, w swych odpowiedziach, wprost uznał za spełniające jego wymagania. W związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego ze wskazaniem, że wymiary podłokietników nie spełniają wymagań SOPZ jest całkowicie niezrozumiałe. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt XII ppkt 10) Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenia Zamawiającego. Zatem nawet, gdyby Zamawiający z jakichś nieznanych Odwołującemu powodów, próbował twierdzić, że zaproponowane przez Odwołującego krzesła nie spełniają wymagań SOPZ tj. wysokości podłokietników: od siedziska minimum 150 mm, maksimum 240 mm to i tak zarzut ten byłby chybiony w kontekście oświadczenia Zamawiającego, zawartego w odpowiedziach na pytania do SIWZ z dnia 04.01.2021 r. w zw. z postanowieniami pkt XII ppkt 10 SIWZ.

W podsumowaniu tego zarzutu Odwołujący stwierdził, że zaproponowane przez niego krzesła biurowe ergonomiczne spełniają wymagania, w zakresie wymiarów, określone przez Zamawiającego w SOPZ, wobec czego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Do odwołania zostały załączone: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 09.03.2021 r., pytania i odpowiedzi do treści SIWZ z dnia 04.01.2021 r., informacja z otwarcia ofert z dnia 08.01.2021 r., informacja o wyniku postępowania z dnia 12.02.2021 r., informacja o odrzuceniu oferty SIGMA Sp. z o.o. z dnia 09.03.2021 r., SOPZ - (Dodatek nr 4a do SIWZ), Opis oferowanych krzeseł biurowych ergonomicznych - załącznik do pisma z dnia 24.02.2021 r., wzór tabeli - Opis oferowanych krzeseł ergonomicznych.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający przedstawił argumentację zawartą w pismach z dnia 9 marca 2021 r. zawierających informacje o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, z dodatkowym wyjaśnieniem zastrzeżeń do oferowanych przez Odwołującego krzeseł.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska w zakresie żądań co do rozstrzygnięcia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: Oświadczenia producenta BGroup Sp. z o.o. Sp. k., Oświadczenia producenta Flokk Sp. z o.o., wydruku – według oświadczenia Odwołującego - z katalogu jednej z firm meblarskich dotyczącego wymiarowania krzeseł obrotowych.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*



Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie odwołania ma bezpośredni wpływ na jego sytuację prawną w przetargu oraz na możliwość uzyskania przez niego zamówienia publicznego. W przypadku unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ma on realną szansę uzyskania zamówienia. Jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą, bowiem oferta korzystniejsza od oferty Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego, a czynność ta nie została zaskarżona, zatem oferta ta nie może być już brana pod uwagę w przypadku ponownego rozstrzygnięcia postępowania. Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone uzyskali mniejszą liczbę punktów, niż Odwołujący, zatem ich oferty są mniej korzystne niż oferta Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

17 marca 2021 r. wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie nie spełnia wymogów określonych w art. 525 ust.1 i 2 ustawy Pzp. W szczególności zauważenia wymaga, że zgłoszenie nie zawiera wskazania strony do której wykonawca przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść danej strony. W związku z tym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

W piśmie z 9 marca 2021 r. informującym o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał: *"Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej także „Pzp”, Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7) Pzp, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Zakup i dostawa mebli biurowych na potrzeby Urzędu Miasta Siemianowice Śląskie” - w odniesieniu do Części 1, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

*Uzasadnienie:*

*Przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust 1 pt 7) Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje jej zastosowaniem:*

- a) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),*
- b) wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego,*
- c) wada musi być niemożliwa do usunięcia.*

*Wyżej wskazane okoliczności występują w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

*Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 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.*

*W przypadku opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający jest obowiązany nie tylko opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ale także w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).*

*W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które mogą zawężyć krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może jednak mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie przedmiotu zamówienia publicznego (usługi, dostawy lub roboty budowlanej), jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego.*

*Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą zatem usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu (zob. KIO 2184/13).*

*W przedmiotowym postępowaniu, po otwarciu ofert - w trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający powziął wątpliwość co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z art. 29 Pzp, poprzez określenie w Szczegółowym*

*Opisie Przedmiotu Zamówienia (Dodatek nr 4a do SIWZ) zbyt rygorystycznych wymagań, co do niektórych parametrów dotyczących krzeseł biurowych ergonomicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które mogą ograniczyć krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.*

*Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Dodatek nr 4a do SIWZ) wskazał wprost następujące parametry krzeseł biurowych ergonomicznych:*

- *Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm,*
- *Podłokietniki krzesła czarne, z miękką nakładką wykonaną z PU (z poliuretanu), z możliwością regulacji w zakresie wysokości względem siedziska oraz regulacją nakładki przód-tył, prawo-lewo. Wysokość podłokietników: od siedziska minimum 150 mm, maksimum 240 mm,*
- *Wysokość siedziska krzesła: Minimum 450mm, maksimum 580 mm,*
- *Minimalna wysokość krzesła: 1200 mm, Maksymalna wysokość krzesła: 1370 mm.*

*Wyspecyfikowanie konkretnych wymagań, co do niektórych parametrów krzesła biurowego ergonomicznego mogłoby spowodować bezzasadne zawężenie dopuszczalnych krzeseł biurowych ergonomicznych, co stanowi przejaw działania sprzecznego z ustawą.*

*Zbyt szczegółowe określenie wprost poszczególnych parametrów krzeseł biurowych ergonomicznych w rezultacie może prowadzić do sytuacji, w której parametry te spełniałyby produkt tylko jednego określonego producenta, co z kolei powoduje, że oferowane przez Wykonawców krzesła pomimo tego, że koncepcyjnie odpowiadają potrzebom Zamawiającego, to z uwagi na uściślone wymagania Zamawiającego formalnie zostają uznane jako niezgodne z SIWZ.*

*Jednocześnie zbyt rygorystyczne opisanie niektórych parametrów krzeseł biurowych ergonomicznych, przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, co również świadczy o naruszeniu art. 29 ust. 2 Pzp,*

*Zamawiający może obalić zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję, a czego w przedmiotowym postępowaniu - w odniesieniu do Części 1 nie sposób wykazać.*

*Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dla stwierdzenia*

*naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie naruszenia zasady uczciwej konkurencji.*

*Zgodnie z przyjętą doktryną i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uczciwej konkurencji nie będzie utrudniać takie opisanie przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów, jeżeli będzie to uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.*

*Natomiast, dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (zob. KIO/UZP 1502/08).*

*Powyższe zostało również potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 12 września 2019r. w sprawie KIO/KD 58/19 „naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może nastąpić zarówno poprzez bezpośrednie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt dostępny na rynku, w szczególności poprzez odwołanie się do parametrów technicznych zamieszczonych w katalogu lub karcie technicznej danego urządzenia, bądź w sposób pośredni — poprzez zamieszczenie pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urządzeń na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku.”*

*W wyroku KIO/UZP 434/09, wskazano, że „Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 Pzp, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”.*

*Wskazane wyżej wady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia na obecnym etapie postępowania mają charakter nieusuwalny.*

*Niewłaściwie opisany przedmiot zamówienia ma wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż mógłby spowodować ograniczenie konkurencji.*

*Postępowanie obarczone błędem Zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7) Pzp.*

*Przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 7) Pzp odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy zawartych w art. 146 ust 1 Pzp oraz do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, na podstawie art. 146 ust 6 Pzp, w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7) Pzp jest katalogiem otwartym.*

*Przyjmuje się bowiem, że skoro w takim przypadku Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to zamawiający, stwierdzając wystąpienie wady postępowania, mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, może unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp. Wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 146 ust. 6 Pzp mają z pewnością wady określone w jego ust. 1, ale także inne przypadki istotnego naruszenia przepisów Pzp, w szczególności podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, np. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).*

*Wada postępowania, o której mowa powyżej, skutkuje niemożnością zawarcia umowy zgodnej z głównymi zasadami ustawy Pzp wyrażonymi w art. 7 ust 1 Pzp oraz ma charakter nieusuwalny.*

*Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7) „Pzp”, unieważnił przedmiotowe postępowanie - w odniesieniu do Części 1, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

W piśmie z 9 marca 2021 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał: „Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (j.t. Dz.U. 2019 r., poz. 1843 z późn.zm.) - dalej

również Pzp, informuje, że działając na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Pzp, odrzucił Ofertę nr 4 złożoną w odniesieniu do Części 1 przez Wykonawcę Sigma Sp. z o.o. 45-864 Opole ul. Niemodlińska 87, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie:

Zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (Dodatek nr 4a do SIWZ) Zamawiający wymagał m.in. aby:

- siedzisko krzesła biurowego ergonomicznego było wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm,
- Podłokietniki krzesła czarne, z miękką nakładką wykonaną z PU (z poliuretanu), z możliwością regulacji w zakresie wysokości względem siedziska oraz regulacją nakładki przód-tył, prawo-lewo. Wysokość podłokietników: od siedziska minimum 150 mm, maksimum 240 mm.

Wykonawca: Sigma Sp. z o.o. 45-864 Opole ul. Niemodlińska 87 w złożonym na wezwanie Zamawiającego Opisie oferowanych krzesel biurowych ergonomicznych - w odniesieniu do Części 1, m.in. oświadczył:

- „Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od 50\*\*mm do 60\*\* mm”,
- „ Wysokość podłokietników od siedziska minimum 160\*\* mm - maksimum 240\*\* mm”

Mając na uwadze powyższe, zaproponowane przez Wykonawcę krzesła biurowe ergonomiczne nie spełniają wymagań, w zakresie wymiarów, określonych przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Dodatek nr 4 do SIWZ).

W myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie jeżeli niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą omyłki, o których mowa art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać bez potrzeby jakiegokolwiek udziału wykonawcy. Ich poprawa winna mieć charakter czysto techniczny, niewynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę i niepowodujący istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób dać zadość powyższym zapisom.

*Przedmiotową niezgodność nie sposób zakwalifikować do kategorii innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).*

*Zgodnie z orzecznictwem KIO niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.*

*Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzucił Ofertę nr 4 złożoną przez Wykonawcę: Sigma Sp. z o.o. 45-864 Opole ul. Niemodlińska 87, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 i art. 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp

*Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu zostały uregulowane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie zostały wskazane przesłanki dotyczące: bezpodstawnego zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy z naruszeniem terminów określonych w ustawie Pzp, wskazane nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów. Przepis ust 6 tego artykułu przewiduje natomiast uprawnienie dla Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Powyższe oznacza, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp dla stwierdzenia podstaw do jego zastosowania wymaga uwzględnienia przesłanek unieważnienia umowy zawartych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby wymaga także uwzględnienia przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem, że zastosowanie tego przepisu nie może odnosić się do wszelkich nieprawidłowości przy podejmowaniu lub zaniechaniu czynności przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie tych, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia bowiem wymaga, że wszczęte postępowanie co do zasady powinno się zakończyć wyborem najkorzystniejszej oferty i udzieleniem zamówienia. W związku z tym, dla unieważnienia postępowania, konieczne jest wykazanie istnienia podstaw do unieważnienia umowy. W sytuacji, gdy w postępowaniu nie występuje żadna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, co jest stosunkowo proste do wykazania, dla unieważnienia postępowania konieczne jest wykazanie przez zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości, że postępowanie jest obarczone wadą, która jest nieusuwalna i na tyle istotna, że uzasadnia wystąpienie Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy. Nie chodzi zatem o jakąkolwiek nieprawidłowość stwierdzoną przez zamawiającego po otwarciu ofert, np. rozumianą jako skutek zmiany jego oczekiwań, co do przedmiotu zamówienia, lecz poważną wadę postępowania, która gdyby nie unieważnienie postępowania, prowadziłaby do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu.

W analizowanym postępowaniu, jak wynika z treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, czynność ta wynikała nie tyle ze stwierdzenia istnienia konkretnej wady, ile z powzięcia przez Zamawiającego po otwarciu ofert „*wątpliwość co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z art. 29 Pzp, poprzez określenie w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Dodatek nr 4a do SIWZ) zbyt rygorystycznych wymagań, co do niektórych parametrów dotyczących krzesel biurowych ergonomicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które mogą ograniczyć krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.*”

Zamawiający nie podał w piśmie ani na rozprawie jakie parametry jego zdaniem są zbyt rygorystyczne, które nie są uzasadnione jego potrzebami i z jakiego powodu ograniczają krąg potencjalnych wykonawców. Wprawdzie przywołał parametry określone w SOPZ (Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm, Podłokietniki krzesła czarne, z miękką nakładką wykonaną z PU (z poliuretanu), z możliwością regulacji w zakresie wysokości względem siedziska oraz regulacją nakładki przód-tył, prawo-lewo, Wysokość podłokietników: od siedziska minimum 50 mm, maksimum 240 mm, Wysokość siedziska krzesła: Minimum 450mm, maksimum 580



mm, Minimalna wysokość krzesła: 1200 mm, Maksymalna wysokość krzesła: 1370 mm), jednak nie wskazał, które z nich uznał za wadliwie określone i z jakiej przyczyny w jego ocenie opis w tym zakresie wskazuje na wadę postępowania.

Ogólnikowe stwierdzenie, że wyspecyfikowanie konkretnych wymagań, co do niektórych parametrów krzesła biurowego ergonomicznego mogłoby spowodować bezzasadne zawężenie dopuszczalnych krzeseł biurowych ergonomicznych, co stanowi przejaw działania sprzecznego z ustawą, nie jest wystarczające dla wykazania, iż postępowanie obarczone jest wadą, tym bardziej wadą, która mogła negatywnie wpływać na wynik postępowania.

Zauważenia wymaga, że w piśmie Zamawiającego znalazło się stwierdzenie, że *„zbyt szczegółowe określenie wprost poszczególnych parametrów krzeseł biurowych ergonomicznych w rezultacie może prowadzić do sytuacji, w której parametry te spełniałyby produkt tylko jednego określonego producenta”*. Na rozprawie natomiast pełnomocnik Zamawiającego zaprzeczył temu twierdzeniu, stwierdzając, że najprawdopodobniej przedstawiony przez niego opis nie ogranicza możliwości zaoferowania krzeseł przez jednego producenta. Przyznał przy tym, że każdy z producentów może indywidualnie kompletować krzesła z komponentów według określonych potrzeb, jednak w jego ocenie określił parametry zbyt rygorystycznie, bowiem Zamawiający wyłączył zaoferowanie krzeseł produkowanych seryjnie, a nie wynika to z jego uzasadnionych potrzeb.

Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie przedstawione na rozprawie pozostaje zatem w sprzeczności z zaprezentowanym w informacji o unieważnieniu postępowania, gdzie jest wskazanie na możliwość spełnienia wymogów SOPZ przez jednego producenta, a nie ma wykazania, że zastosowany przez niego opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia dostawę krzeseł produkowanych seryjnie. Koresponduje ono natomiast z wyjaśnieniami Odwołującego, który na rozprawie zwrócił uwagę, że producenci krzeseł mają w swojej ofercie standardowej ok. 30 standardowych krzeseł, a na bazie posiadanych komponentów konfigurują kilkadziesiąt innych krzeseł. Okoliczność odpowiedniego konfigurowania krzeseł potwierdza oświadczenie producenta FLOKK Sp. z o.o., złożone przez Odwołującego na rozprawie, który stwierdził m.in., że dla wskazanego modelu standardowego krzesła jest w stanie zastosować pianki trudnopalne oraz określony łącznik siedziska z oparciem. Natomiast ze złożonego na rozprawie przez Odwołującego oświadczenia producenta BGroup Sp. z o.o. Sp.k. wynika, że wskazane w nim krzesło obrotowe „Simple C + NET 2D S20 zagłówek foxtrot PA 175/130 PUC +SS2 USZ PDDE” spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu, przy czym w tym przypadku nie ma informacji co do sposobu produkcji tego modelu krzesła.

Powyższe pokazuje, że hipotetyczne ograniczenie konkurencji, jakie zostało wskazane przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania nie znajduje potwierdzenia. Zauważenia przy tym wymaga również, iż Zamawiający w żaden sposób w swojej argumentacji nie uwzględnił, iż w postępowaniu oferty złożyło 12 wykonawców.

W ocenie Izby w omawianym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, z której wynika, że dokonany przez niego opis nakazuje mu odrzucenie ofert, które zostały najwyżej ocenione, w tym oferty Odwołującego.

W piśmie informującym o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał, że *„oferowane przez Wykonawców krzesła pomimo tego, że koncepcyjnie odpowiadają potrzebom Zamawiającego, z uwagi na uściślone wymagania Zamawiającego formalnie zostają uznane jako niezgodne z SIWZ. Zbyt rygorystyczne opisanie niektórych parametrów krzeseł biurowych ergonomicznych, przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, co również świadczy o naruszeniu art. 29 ust. 2 Pzp”*. Powyższe wskazuje, że zaoferowane w postępowaniu krzesła „koncepcyjnie” odpowiadają potrzebom Zamawiającego, a więc są to krzesła, jakich oczekuje. Takie stanowisko zaprzecza temu, co wynika z ww. przedstawionej argumentacji Zamawiającego, wskazującej, że jednak nie chciał ściśle określonych w SIWZ krzeseł, lecz krzeseł produkowanych seryjnie, chociaż nie wskazał, czym takie produkowane seryjnie krzesła miałyby się według Zamawiającego różnić od krzeseł objętych zamówieniem.

Skoro, jednak Zamawiający stwierdził w tym miejscu, zaoferowane krzesła odpowiadają jego potrzebom, a nie znajduje potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, co do badanej przez Izbę czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to przedstawioną przez Zamawiającego argumentację wskazującą na konieczność odrzucenia ofert, ponieważ: *„formalnie zostają uznane jako niezgodne z SIWZ”* „należy uznać za chybioną. Tym bardziej, że jak wynika ze stanowiska Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, spośród 12 złożonych ofert, tylko dwie, w tym oferta Odwołującego, były dotychczas przez niego oceniane, przy czym, jak wynika z rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto niezgodność oferty z SIWZ nie jest oceniana w kategoriach formalnej niezgodności.

Podsumowując, należy stwierdzić, że samo powołanie się przez Zamawiającego na niczym nieoparte jego wątpliwości, czy stwierdzenie przez niego „możliwości zawężenia dopuszczalnych krzeseł”, przy jednoczesnym braku konkretyzacji i spójności prezentowanego stanowiska, nie stanowi wykazania występowania wady postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający przed

dokonaniem czynności unieważnienia postępowania powinien jednoznacznie stwierdzić konkretną wadę, jaką postępowanie jest dotknięte i swoją wiedzę w tym zakresie (a nie bliżej nieokreślone wątpliwości), powinien uzewnętrznić w informacji o unieważnieniu postępowania. Stwierdzeniom Zamawiającego nie towarzyszy natomiast nie tylko wskazanie, jakie parametry krzesel świadczą o wadzie postępowania, które z nich są zbyt rygorystyczne i dlaczego tak sądzi, ale też brak jest wykazania, czy nawet uprawdopodobnienia, że krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłoby większy, czy inny, gdyby inaczej opisał przedmiot zamówienia. Nie jest wiadomo, jak według Zamawiającego prawidłowy przedmiot zamówienia miałby być określony tj. z których parametrów powinien być zrezygnować, czy inaczej je określić.

W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane, aby postępowanie było obarczone wadą, tym bardziej wadą nieusuwalną, która mogłaby skutkować unieważnieniem postępowania. Wola innego opisu, bardziej liberalnego, jak stwierdził Zamawiający na rozprawie, w sytuacji, gdy nie zostało wykazane, że obecny jest zbyt rygorystyczny i w sposób nieusprawiedliwiony potrzebami Zamawiającego zawęża konkurencję, przez co narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*, nie może uzasadniać unieważnienia postępowania. Ciężar udowodnienia wypełnienia się zastosowanej przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp spoczywał na Zamawiającym. Zgodnie bowiem z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zamawiający nie udźwignął tego ciężaru.

Ad zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia po upływie terminu składania ofert zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przepis ten pozostaje w związku z wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości. Wykonawcy nie powinni być stawiani w sytuacji, że muszą się domyślać powodów, dla których czynność została dokonana przez Zamawiającego. W razie wniesienia odwołania na czynność zamawiającego

unieważnienia postępowania, Izba bada jej zasadność z uwzględnieniem informacji podanych w zawiadomieniu o jej dokonaniu, w szczególności z uwzględnieniem wskazanych okoliczności faktycznych, a nie tylko podanych przepisów prawa, czy fragmentów orzeczeń wydanych w innych spawach.

Jak wyżej zostało wskazane, informacja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie spełnia takich wymogów. Zawiera ona ogólnikowe stwierdzenia odnoszące się do wątpliwości Zamawiającego, związanych z podanymi przez niego w SOPZ parametrami, bez wskazania, które z nich są wadliwie określone i dlaczego tak uznaje. Nadto informacje te miejscami się wykluczają. Z jednej bowiem strony ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, że podany opis pozwala na zaoferowanie krzesel, które odpowiadają mu „konceptyjnie”, a w innym miejscu podaje, że jakies parametry, spośród tych które określił (nie wiadomo jednak które), nie wynikają z jego uzasadnionych potrzeb.

Powyższe wskazuje, że omawiany zarzut odwołania potwierdził się.

Ad zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.* Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest oceniana z uwzględnieniem definicji oferty, zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie z zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez Zamawiającego oczekiwania. Dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. Podkreślenia wymaga, iż SIWZ nie może być zmieniana po terminie składania ofert, a ewentualne różnice, co do

sposobu rozumienia jej postanowień, jeśli byłyby uzasadnione ich nieprecyzyjną redakcją, nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, wskazania wymaga, iż w treści SIWZ – „Opis oferowanych krzeseł biurowych ergonomicznych dot. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup i dostawa mebli biurowych na potrzeby Urzędu Miasta Siemianowice Śląskie” – w odniesieniu do Części 1 – „Zamawiający w przygotowanej tabeli w opisie wymaganego parametru zawartego w pierwszej kolumnie tabeli wskazał: „Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm, w odniesieniu do którego wykonawcy w kolumnie drugiej przygotowanej w brzmieniu: „Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od ...\*\*mm do ...\*\* mm” winni wstawić oferowane parametry. W swojej ofercie Odwołujący zaoferował: „Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 60 mm.”

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że zgodnie z SOPZ wymagał m.in. aby:

- siedzisko krzesła biurowego ergonomicznego było wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm,
- wysokość podłokietników wynosiła od siedziska minimum 150 mm, maksimum 240 mm.

Odwołujący zaoferował:

- „Siedzisko wyposażone w mechanizm regulacji głębokości w zakresie od 50\*\*mm do 60\*\* mm”,
- „Wysokość podłokietników od siedziska minimum 160\*\* mm - maksimum 240\*\* mm”

Powyższe zestawienie, według stanowiska Zamawiającego przedstawionego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazuje, że zaproponowane przez Wykonawcę krzesła biurowe ergonomiczne nie spełniają wymagań, w zakresie wymaganych parametrów. Zamawiający nie podał o jaką niezgodność w jego ocenie chodzi. Zważywszy na przedstawione porównanie parametrów, należy przyjąć, że wspomniana niezgodność w zakresie siedziska dotyczy podania w ofercie Odwołującego zakresu regulacji głębokości do 60 mm, zaś w zakresie wysokości podłokietników od siedziska od 160 mm.

W pierwszej kolejności zauważenia zatem wymaga, że w obydwu przypadkach wielkości podane w ofercie przez Odwołującego mieszczą się w przedziale określonym przez Zamawiającego poprzez podanie minimalnych i maksymalnych wielkości. Trudno zatem doszukać się w tym aspekcie niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Tym bardziej, że jak wynika z przytoczonej w odwołaniu odpowiedzi na pytanie wykonawcy, dotyczące

wysokości podłokietników od siedziska w zakresie min. 160 mm do 240 mm, Zamawiający odpowiedział w sposób wskazujący, że taki zakres jest zgodny z jego wymaganiami. Jest to zrozumiałe, skoro zawiera się z określonym w SIWZ przedziale. Nie jest zatem uzasadnione stanowisko Zamawiającego przedstawione w odniesieniu do wysokości podłokietników, zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zauważenia przy tym wymaga, że w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie Zamawiający nie przedstawiał w tym zakresie argumentacji.

W ocenie Izby z treści SIWZ i stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, stanowiącej wyraz interpretacji postanowień SIWZ, wynika, że zaoferowana przez Odwołującego wysokość podłokietników od siedziska minimum 160\*\* mm - maksimum 240\*\* mm" jest zgodna z wymogami SOPZ.

Powyższy sposób rozumienia przez Zamawiającego określenia parametrów można także odnieść do parametru dotyczącego mechanizmu regulacji głębokości siedziska, który również został zaoferowany w wymaganym przez Zamawiającego przedziale, tj. 60 mm, co wynika, jak stwierdził Odwołujący w odwołaniu, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, z głębokości siedziska o wymiarach 450 mm – 510 mm zaoferowanego przez Odwołującego krzesła.

W tym zakresie zwraca uwagę brak spójności twierdzeń Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż *„wymagał, aby krzesło biurowe dysponowało mechanizmem regulacji, którego skala regulacji wynosić miała 30 mm (w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm). Tymczasem skala regulacji głębokości siedziska oferowanego produktu wynosi jedynie 10 mm (w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 60 mm). Z oczywistych względów oferowany produkt nie spełnia kryterium, dysponując regulacją głębokości siedziska w innym (węższym) zakresie oraz w zdecydowanie mniejszej skali.”* Na rozprawie Zamawiający podał, że oferowane przez Odwołującego krzesło nie spełnia wymagań SOPZ, co do maksymalnego zakresu regulacji. Zamawiający wymagał aby zakres regulacji wynosił maksymalnie 80 mmm, a oferowane krzesło ma ten zakres określony na 60 mm.

Powyższe twierdzenia Zamawiającego nie tylko nie są spójne, ale też pozostają w sprzeczności z treścią SIWZ, w której nie był sztywno określony zakres regulacji w zakresie od 50 mm do 80 mm, lecz, podobnie jak dla wysokości podłokietników, został określony przedział w zakresie od minimum 50 mm do maksimum 80 mm, co oznacza, że wielkości, które mieszczą się w tym przedziale, spełniają tak określony wymóg SIWZ. Z odpowiedzi na odwołanie wynika natomiast próba wprowadzenia w tym zakresie nowego wymogu tj. skali regulacji wynoszącej 30 mm, przy czym Zamawiający w swoim piśmie używa tego terminu

na określenie dodatkowego wymogu w stosunku do używanego w SIWZ określenia „zakres”, na co wskazuje użycie spójnika „oraz”, co wskazuje, że terminom „zakres” i „skala” Zamawiający próbuje nadać różne znaczenie.

Jak natomiast słusznie podniósł na rozprawie Odwołujący, obecne twierdzenia Zamawiającego stanowią wyraz braku zrozumienia własnej SIWZ. Gdyby bowiem Zamawiającemu chodziło o zakres regulacji 30 mm, to nie mieściłby on się w przedziale opisanym w SIWZ, gdzie, minimalny zakres regulacji głębokości został określony na 50 mm. Odwołujący wypełnił tabelę zgodnie ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego. Wskazane przez niego 60 mm oznacza, że taki jest zakres regulacji głębokości siedziska oferowanego przez niego krzesła. Wynika on także z innych parametrów, w tym głębokości siedziska pomiędzy 450 mm a 510 mm. Oferowane krzesło przy zerowym wysunięciu posiada bowiem 450 mm głębokości, a przy maksymalnym wysunięciu posiada 510 mm głębokości. Mieści się, zatem w przedziale określonym w SPOZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby wysuwało się na minimum 50 mm, a maksymalnie na 80 mm.

W ocenie Izby zarzut odwołania potwierdził się, Zamawiający nie wykazał, aby oferta Odwołującego była sprzeczna z treścią SIWZ. Twierdzenia Zamawiającego wskazują na dokonywanie przez niego różnej interpretacji postanowienia SIWZ, nadto nieprzedstawionej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz odbiegającej od brzmienia tego postanowienia. Jak natomiast zauważył Odwołujący, SIWZ w tym zakresie jest jasna i zrozumiała, co potwierdza 12 złożonych w postępowaniu ofert.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nastąpiło i miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty związane z dojazdem na rozprawę i wynagrodzeniem jego pełnomocnika. Biorąc powyższe pod uwagę,

o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....