

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **A.K., prowadzącą w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą A.K., Starpol Meble**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **L. sp. z o.o. w Solcu Kujawskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy L. sp. z o.o. w Solcu Kujawskim w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia próbki biurka Ea9 celem potwierdzenia zaoferowanego w ofercie wymagania opisanego w zestawieniu parametrów nr 50, stanowiącego część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ, pkt 12) zgodnie z którym szuflady kontenera mobilnego miały posiadać prowadnice z funkcją samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania w części 1/7 obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, a w części 6/7 - wykonawcę A.K., prowadzącą w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą A.K., Starpol Meble i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę**

**A.K., prowadzącą w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą A.K., Starpol Meble** tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od wykonawcy **A.K., prowadzącej w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą A.K., Starpol Meble** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. Ludwika Rydygiera w Toruniu** kwotę **390 zł 00 gr** (słownie: trzystu dziewięćdziesięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa mebli medycznych, mebli biurowych, wyposażenia medycznego apteki szpitalnej, wyposażenia biurowo-socjalnego dla budynku nr 520 w ramach inwestycji „Rozbudowa i przebudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu“.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 marca 2019 r. nr 2019/S 053-121401.

26 lipca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy A.K., prowadzącej w Puławach działalność gospodarczą pod nazwą A.K., Starpol Meble, zwanej dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 oferty złożonej przez wykonawcę L. sp. z o.o. w Solcu Kujawskim, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w części 2 zamówienia,
- 2) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia

odwołujący wniósł 5 sierpnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie wyjaśnień przystępującego prowadzących do zmiany w treści jego oferty,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo istniejącej i niemożliwej do poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego, mimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona, oraz przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 zamówienia złożonej przez przystępującego,

- 2) powtórzenia badania oferty przystępującego oraz jej odrzucenia,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i uznania za najkorzystniejszą oraz w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez odwołującego w części nr 2 zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu 1 - niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i niedozwolonej zmiany treści oferty, odwołujący wskazał, że jednym z mebli stanowiących przedmiot zamówienia jest biurko gabinetowe z okrągłą dostawką oznaczone w SIWZ symbolem Ea8. Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów nr 48 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 176-179 SIWZ) biurko miało być wyposażone w kontener mobilny. W wyniku udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie 20 (str. 6 pisma zamawiającego z 9 kwietnia 2019 r.) zamawiający zmienił wskazany wyżej zapis SIWZ, wskazując, że biurko Ea8 ma być wyposażone w 3 sztuki kontenerów mobilnych. Zamawiający podkreślił, że zmianę tę należy uwzględnić w wycenie tego biurka.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z punktem IV. 1.2 SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą „zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia” stanowiące załącznik 3/2 do SIWZ. Formularz miał obejmować opis parametrów wymaganych oraz potwierdzenie ich spełnienia lub opis parametrów oferowanych. Argumentował, że przystępujący złożył wypełniony załącznik 3/2 do SIWZ. W pozycji dotyczącej biurka Ea8 (tabela zestawienia parametrów nr 48) w opisie parametrów wymaganych wskazał w punkcie 7: „Biurko wyposażone w kontener mobilny” i w opisie parametrów oferowanych potwierdził spełnienie tego parametru: „Tak”.

Pismem z 17 maja 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pytając wykonawcę, „czy mając na uwadze wyjaśnienia i wprowadzoną przez zamawiającego zmianę do SIWZ wg odpowiedzi z dnia 09.04.2019r., wykonawca w specyfikacji cenowej (Zał. Nr 2/2 poz. 358) oraz w tabeli zestawienia parametrów Nr 48 - poz. 7 dokonał wyceny biurka gabinetowego - Ea8 wyposażonego w 1 szt. kontenera mobilnego, czy wyposażonego w 3 szt. kontenera mobilnego (co miało być uwzględnione w wycenie zgodnie z treścią odpowiedzi Zamawiającego)?”. Przystępujący pismem z 22 maja 2019 r. stwierdził, że „zadaniu nr 2, Wykonawca w specyfikacji cenowej (zał. Nr 2/2 poz. 358) oraz w tabeli zestawienia parametrów nr 48 - poz. 7 dokonał wyceny uwzględniającej biurko z 3 kontenerami mobilnymi (biurka wyposażanego w 3 szt. kontenerów mobilnych) o wymiarach podanych przez Zamawiającego”.

W ocenie odwołującego powyższe postępowanie stanowi naruszenie zakazu zmiany treści oferty wynikającego m.in. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający wzywając przystępującego do wyjaśnienia treści oferty nie wziął pod uwagę okoliczności wyraźnie wskazujących na fakt, że przystępujący sporządził ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ. Przystępujący w załączniku 3/2 złożonym wraz z ofertą jednoznacznie stwierdził, że składa

ofertę w zakresie biurka Ea8 z jednym kontenerem mobilnym (sformułowanie „Biurko wyposażone w kontener mobilny”, w którym użyto dla określenia kontenera liczby pojedynczej wskazuje na fakt, że do biurka dołączony jest tylko jeden taki kontener).

Zdaniem odwołującego, na fakt uwzględnienia w wycenie oferty tylko jednego kontenera wskazują zapisy wypełnionego przez przystępującego załącznika 2/2 stanowiącego część oferty, a zawierającego szczegółową kalkulację ceny ofertowej z rozbiem na poszczególne meble. W skład zamówienia wchodziły także inne biurka o innych rozmiarach oraz różnej liczbie kontenerów mobilnych. Przedstawił zestawienie cen podobnych biurek (różniących się w praktyce wyłącznie rozmiarami i ilością kontenerów, identycznych pod względem konstrukcji) pochodzących z oferty przystępującego:

Symbol	Parametry	cena netto
Ea8	wymiary 750 x 1800/1800 x 700/400 mm z dostawką 3/4 koła o średnicy 1200 mm, z jednym/rzekomo trzema kontenerami mobilnymi	2026,00 zł
Ea8a	wymiary 750 x 1800 x 700 mm, z jednym kontenerem mobilnym	1789,00 zł
Ea9	wymiary 750 x 1500 x;600 mm, z jednym kontenerem mobilnym	1579,00 zł
Ea10	wymiary 750 x 1900/2200 x 600/600 mm z dostawką 1/2 koła o średnicy 1000 mm, z dwoma kontenerami mobilnymi	2566,00 zł

Odwołujący wywiódł, że analiza powyższych cen wskazuje na fakt, że biurko Ea8 zostało wycenione przez przystępującego z tylko jednym kontenerem mobilnym. Szczególnie istotna jest tutaj duża różnica cen pomiędzy biurkiem Ea8 a biurkiem Ea10, w przypadku których zużycie materiałów na same biurko (bez kontenerów) jest identyczne: 4,68 m<sup>2</sup> płyty meblowej dla biurka Ea8 i dla biurka Ea10. Znaczącą różnicę w cenie między tymi biurkami (cena biurka Ea10 w porównaniu z ceną biurka Ea8, dla którego produkcji zużywa tyle samo materiału na blaty, przy podobnej pracochłonności, jest wyższa o ponad 26%) można wytłumaczyć jedynie różnicą w ilości kontenerów mobilnych - i jednoznacznie wskazuje, że skoro w przypadku biurka Ea10 skalkulowano dwa takie kontenery, to w przypadku biurka Ea8 skalkulowano tylko jeden taki kontener (gdyby skalkulowano trzy kontenery, cena biurka Ea8 musiałaby być wyższa od ceny biurka Ea10). Zdaniem odwołującego materiał potrzebny na wyprodukowanie biurka Ea8 i biurka Ea10 jest dokładnie taki sam. Inne zużyte do produkcji materiały takie jak stal, farba itd. są wykorzystane ilościowo w takich samych proporcjach co płyta.

Odwołujący wywiódł, że jeśli założyć, że cena biurka Ea8 wynosi 100 zł i jednego kontenera 100 zł, to komplet będzie kosztował: 100 zł + 3x100 zł (kontenery), a więc całość 400 zł. Analogicznie cena biurka Ea10 wynosi 100 zł i jednego kontenera 100 zł, to komplet będzie kosztował 100 zł + 2x100 zł (kontenery), a więc całość 300 zł. W ofercie

przystępującego biurko Ea10 z 2 kontenerami jest dużo droższe niż biurko Ea8, które jak twierdzi wykonawca zaoferował z trzema kontenerami.

Zdaniem odwołującego powyższe wskazuje, że nie można mówić tu o wątpliwościach co do treści oferty przystępującego, a raczej o nieuwzględnieniu w tej ofercie zmiany SIWZ wprowadzonej pismem z 9 kwietnia 2019 r. Wskazana zależność pomiędzy liczbą materiałów zużywanych na poszczególne biurka i ich cenami wskazuje, że jednoznaczne stwierdzenie przystępującego w załączniku 3/2 o oferowaniu tylko jednego kontenera mobilnego nie powinno budzić żadnej wątpliwości. W tej sytuacji niezasadne było wezwanie przystępującego do wyjaśnienia, a tym bardziej przyjęcie tego wyjaśnienia oznaczającego w praktyce niedozwoloną zmianę treści oferty - zapisu w załączniku 3/2 o oferowaniu tylko jednego kontenera mobilnego przy biurku Ea8.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że mamy w tym przypadku do czynienia z niezgodnością treści oferty przystępującego z treścią SIWZ niemożliwą do naprawy w trybie opisanym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skorzystanie z dyspozycji tego przepisu jest możliwe wyłącznie w przypadku kumulatywnego spełnienia kilku warunków, w tym warunku, aby poprawa omyłki była możliwa do dokonania przez zamawiającego samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności - bowiem w innym przypadku mielibyśmy do czynienia z niedozwolonymi negocjacjami treści oferty. Według odwołującego mamy do czynienia z omyłką, której zamawiający samodzielnie poprawić nie może: może zmienić liczbę kontenerów z 1 na 3 przy biurku Ea8, ale na podstawie złożonej oferty nie jest w stanie samodzielnie stwierdzić, jaką cenę ma taki kontener i w związku z tym zmienić ceny oferty (co jest konieczne z uwagi na nieuwzględnienie w wycenie brakujących kontenerów).

W uzasadnieniu zarzutu 2 - niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - niezgodności złożonych próbek - odwołujący podniósł, że zamawiający zgodnie z punktem III.18.16 SIWZ wymagał złożenia na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego próbek oferowanych mebli, wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wymaganie to dotyczyło w zakresie części 2 zamówienia m.in. biurka Ea9 oraz szafy Ce2. Zamawiający podkreślił przy tym, że „Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy.” (str. 15 SIWZ).

Odwołujący podniósł, że przystępujący złożył na wezwanie zamawiającego próbki, w których zamawiający wskazał jednak liczne błędy i w związku z powyższym wezwał przystępującego do ponownego złożenia próbek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ponownie złożył próbki. Próbki te zostały udostępnione odwołującemu i okazało się, że istnieją liczne niezgodności pomiędzy

tymi próbkami a wymaganiami zawartymi w SIWZ, a także pomiędzy tymi próbkami, a zapisami kart katalogowych, które zostały złożone przez przystępującego, a których wymagał zamawiający zgodnie z punktem III.18.14 SIWZ.

a) Biurko Ea9 - rozmiary kontenera mobilnego

Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 7, kontener mobilny miał mieć wymiary H = 610 mm, L = 460 mm, B = 550 mm.

Zgodnie ze złożoną na wezwanie zamawiającego przez przystępującego kartą katalogową dla biurka Ea9, biurko miało być wyposażone w kontener o wymiarach H=610 mm, L=460 mm, B=550 mm.

Odwołujący wywiódł, że z pomiarów dokonanych przez niego wynika, że dostarczony jako część próbki kontener mobilny ma wymiary odbiegające od wskazanych wyżej wymienionych, tj. H = 655 mm, L = 435 mm, B = 555 mm. Zamawiający co prawda w punkcie IV.4 SIWZ dopuścił tolerancję wymiarów  $\pm 10\%$ , jednak zgodnie z przywołanym wyżej zapisem punktu III.1.18.16 oczekiwał złożenia próbek identycznych z deklaracjami wykonawcy zawartymi w ofercie, a tylko w ofercie mogła być zastosowana dopuszczona tolerancja. Chociaż zatem wskazane błędy wymiarów mieszczą się w tolerancji zawartej w SIWZ, oznaczają one, że złożona próbka ma rozmiary inne niż wskazane w karcie katalogowej złożonej przez przystępującego, a zatem że nie oddaje ona cech, jakie zostały zadeklarowane przez przystępującego w ofercie.

b) Biurko Ea9 - wnętrza szuflad kontenera mobilnego

Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 12, wymagane było m.in. aby kontener mobilny posiadał:

- „szuflady wyposażone w wykonstruowane poprzez wycięcie lub przeformowanie gniazda montażowe w bokach szuflad, umożliwiające zastosowanie specjalistycznych ruchomych wkładów podłużnych i poprzecznych, umożliwiających podział wewnętrzny szuflady na przechowywane akcesoria zgodnie z bieżącą potrzebą Zamawiającego”,
- „widoczne przetłoczenia usztywniające dno” w szufladach.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący potwierdził powyższe w karcie katalogowej dla biurka Ea9. Jednak z oględzin dokonanych przez odwołującego wynika, że dostarczony jako część próbki kontener mobilny nie posiada tych elementów. Oznacza to, że dostarczona próbka jest niezgodna zarówno z wymaganiami SIWZ, jak i deklaracjami przystępującego z oferty.

c) Biurko Ea9 - samodomykanie kontenera mobilnego

Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 12, wymagane było m.in. aby szuflady kontenera mobilnego miały

„funkcję samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia”. Przystępujący potwierdził powyższe w karcie katalogowej dla biurka Ea9.

Jednak z oględzin dokonanych przez odwołującego wynika, że system ten w złożonej próbce nie działa. Oznacza to, że dostarczona próbka jest niezgodna zarówno z wymaganiami SIWZ, jak i deklaracjami przystępującego z oferty.

d) Szafa Ce2 – rozmiary

Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 22 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 1, szafa miała mieć wysokość 2020 mm.

Zgodnie ze złożoną na wezwanie zamawiającego przez przystępującego kartą katalogową dla szafy Ce2, szafa ta miała mieć wysokość 2020 mm.

Z pomiarów dokonanych przez odwołującego wynika, że dostarczona jako próbka szafa ma wysokość odbiegającą od wskazanych wyżej wymienionych, tj. 2030 mm.

Zamawiający co prawda w punkcie IV.4 SIWZ dopuścił tolerancję wymiarów +10%, jednak zgodnie z przywołanym wyżej zapisem punktu III.1.18.16 oczekiwał złożenia próbek identycznych z deklaracjami wykonawcy zawartymi w ofercie, a tylko w ofercie mogła być zastosowana dopuszczona tolerancja. Chociaż zatem wskazany błąd wysokości mieści się w tolerancji zawartej w SIWZ, oznacza on, że złożona próbka ma rozmiary inne niż wskazane w karcie katalogowej złożonej przez przystępującego, a zatem że nie oddaje ona cech, jakie zostały zadeklarowane przez przystępującego w ofercie.

e) Szafa Ce2 – zawiasy

Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 22 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 4, szafa miała być wyposażona w zawiasy o kącie rozwarcia co najmniej 110°.

Przystępujący potwierdził powyższe w karcie katalogowej dla szafy Ce2. Zamawiający wezwał do uzupełnienia pierwotnie złożonej próbki stwierdziwszy zbyt mały zakres otwierania zastosowanego zawiasu ATM.

W odpowiedzi przystępujący złożył wyjaśnienie obejmujące jakąś kartę zawiasu bez nazwy (wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia). Ale i tak, ze złożonej karty nie wynika, że maksymalny kąt rozwarcia to 110°, a określono przedział maksymalnego rozwarcia od 105° do 110°, co oznacza, że zamawiający nie ma gwarancji, że zawiasy faktycznie będą miały kąt rozwarcia 110°, a nie przykładowo jedynie 105°. Oznacza to, że dostarczona próbka jest niezgodna zarówno z wymaganiami SIWZ, jak i deklaracjami przystępującego z oferty. Potwierdzeniem tego faktu jest także wskazanie na stronie internetowej producenta zawiasu ATM, gdzie kąt rozwarcia określono na 105°.

f) Szafa Ce2 - regulacja wysokości



Zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 22 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 3, wymagana była możliwość regulacji wysokości i poziomowania szafy przez otwory rewizyjne w dnie szafy za pomocą klucza typu imbus.

Przystępujący potwierdził powyższe w karcie katalogowej dla szafy Ce2. Zamawiający wezwał do uzupełnienia pierwotnie pierwszej złożonej próbki stwierdziwszy brak dostępu do regulacji od wewnątrz szafy (w praktyce - brak możliwości regulacji).

W odpowiedzi wykonawca przedłożył drugą próbkę z „wrytą” dziurą w podłodze na wysokości nóżek. W dziurze tej widoczna jest główka metalowego wkrętu z wcięciem krzyżakowym (na dodatek zniszczonym). Tego typu wkręt nie może służyć do regulacji wysokości, ponieważ nie jest śrubą metryczną przeznaczoną do tego celu. Ponadto nie został spełniony wymóg obsługi poziomowania za pomocą klucza imbusowego, bowiem do tego celu niezbędny jest otwór w głowie śruby w kształcie sześciokąta, a nie krzyżyka. Oznacza to, że dostarczona próbka jest niezgodna zarówno z wymaganiami SIWZ, jak i deklaracjami przystępującego z oferty.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że próbki biurka Ea9 i szafy Ce2, do których uzyskał dostęp odwołujący, były próbkami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co więcej, niektóre z wymienionych wyżej braków były niewątpliwie obecne w złożonych pierwotnie próbkach (na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) - w zakresie zawiasu i regulacji wysokości szafy Ce2. Powyższe oznacza, że zamawiający nie ma już możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia próbek i wyżej wskazane niezgodności próbek z wymaganiami określonymi w SIWZ powinny skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący nie był w stanie zweryfikować, czy także inne niezgodności były obecne w pierwotnie złożonych próbkach, bowiem zamawiający nie udostępnił ich odwołującemu - prawdopodobnie zwrócił je przystępującemu przy dostarczeniu poprawionych próbek (niezgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł ponadto, że wskazane powyżej naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego prowadziły do jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż podlegała odrzuceniu, a faktycznie to oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert. Takie postępowanie zamawiającego skutkowało pozbawieniem odwołującego zamówienia.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca L. sp. z o.o. w Solcu Kujawskim. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego z 17 maja 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z 22 maja 2019 r., zawiadomienie o poprawieniu omyłki w ofercie przystępującego z 28 maja 2019 r., wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 31 maja 2019 r., dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia próbek z dnia 1 lipca 2019 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oświadczenia i dokumenty i próbki złożone przez przystępującego w dniu 12 lipca 2019 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 lipca 2019 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części 2 została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części 2 postępowania. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

### Zarzut 1

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez uwzględnienie wyjaśnień przystępującego prowadzących do zmiany treści jego oferty (**zarzut z pkt 1 uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. *Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.*

*Ustalono także, że we wzorze zestawienia parametrów techniczno-użytkowych nr 48 do załącznika nr 3/2 zamawiający dotyczącym biurka Ea8 zamawiający wskazał:*

L.p.	Parametr / warunek wymagany	Potwierdzenie parametru Tak/Nie	Parametr/warunek oferowany (potwierdzić parametry wymagane poprzez „TAK” lub oferowane parametry opisać)
7	Biurko wyposażone w kontener mobilny		

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. w odpowiedzi na pytanie nr 20 udzielił odpowiedzi, że biurko gabinetowe Ea8 ma być wyposażone w 3 szt. kontenerów mobilnych.

Zamawiający w ślad za odpowiedzią na ww. pytanie nie dokonał modyfikacji wzoru zestawienia parametrów techniczno-użytkowych nr 48 do załącznika nr 3/2.

Ustalono następnie, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący. Przystępujący do swej oferty dołączył wypełniony przez siebie wzór zestawienia parametrów techniczno-użytkowych nr 48 do załącznika nr 3/2. W zestawieniu tym wskazał, co następuje:

L.p.	Parametr / warunek wymagany	Potwierdzenie parametru Tak/Nie	Parametr/warunek oferowany (potwierdzić parametry wymagane poprzez „TAK” lub oferowane parametry opisać)
7	Biurko wyposażone w kontener mobilny	TAK	TAK

Ustalono także, że zamawiający pismem z 17 maja 2019 r. Zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pytając wykonawcę, „czy mając na uwadze wyjaśnienia i wprowadzoną przez Zamawiającego zmianę do SIWZ wg odpowiedzi z dnia 09.04.2019r., Wykonawca w specyfikacji cenowej (Zał. Nr 2/2 poz. 358) oraz w tabeli zestawienia parametrów Nr 48 - poz. 7 dokonał wyceny biurka gabinetowego - Ea8 wyposażonego w 1 szt. kontenera mobilnego, czy wyposażonego w 3 szt. kontenera mobilnego (co miało być uwzględnione w wycenie zgodnie z treścią odpowiedzi Zamawiającego)?”

Ustalono również, że pismem z 22 maja 2019 r. przystępujący stwierdził, że „w zadaniu nr 2, Wykonawca w specyfikacji cenowej (zał. Nr 2/2 poz. 358) oraz w tabeli zestawienia parametrów nr 48 - poz. 7 dokonał wyceny uwzględniającej biurko z 3 kontenerami mobilnymi (biurka wyposażanego w 3 szt. kontenerów mobilnych) o wymiarach podanych przez Zamawiającego”.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 28 maja 2019 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zawiadomił przystępującego o poprawieniu w jego ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez doprecyzowanie właściwej liczby tj. 3 szt. kontenera mobilnego przy biurkach gabinetowych – Ea8, odpowiednio do przesłanych przez przystępującego wyjaśnień w tym zakresie.

Ustalono również, że przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki w ww. sposób.

### **Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

Stosownie do art. 87 ustawy Pzp:

1. *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.*

2. *Zamawiający poprawia w ofercie:*

(...)

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 myśl 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.*

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że w opisanej sytuacji faktycznej zamawiający dopuścił się niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, których rezultatem była zmiana oferty przystępującego. Z takim stanowiskiem nie można się jednak zgodzić.

Przyjęcie rezultatu wyjaśnień oferty przystępującego nie oznaczało, iż zamawiający prowadził negocjacje z wykonawcą, które prowadziły do zmiany oferty. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby treścią oferty przystępującego od samego początku było dostarczenie biurka Ea8 z jednym kontenerem mobilnym, zamiast wymaganych trzech.

Po pierwsze, odwołujący nie dostrzegł treści i kontekstu złożenia oświadczenia woli przez przystępującego w wypełnionym przez niego wzorze załącznika do SIWZ. Jak słusznie zauważył sam odwołujący, zamawiający zgodnie z pkt IV.1.2. SIWZ wymagał aby wykonawcy wypełnili, podpisali i złożyli wraz z ofertą zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanych wyrobów. Uszło uwadze odwołującego, że treść wzoru tego zestawienia została narzucona przez zamawiającego, a wykonawcy nie mieli prawa go zmienić.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że treść wzoru formularza wyglądała w ten sposób, iż w kolumnie 2 opisany był parametr/warunek wymagany, narzucony przez zamawiającego we wzorze. W kolumnie trzeciej zadaniem wykonawcy było potwierdzenie spełnienia parametru wymaganego poprzez złożenie oświadczenia TAK lub NIE. Wreszcie w ostatniej kolumnie, zatytułowanej „parametr / warunek oferowany”, zgodnie z opisem kolumny można było ją wypełnić dwojako. Mianowicie można było „potwierdzić parametry wymagane poprzez TAK” lub „oferowane parametry opisać”.

Co istotne w wierszu 7 wzoru zestawienia parametrów nr 48 do załącznika 3/2 w odniesieniu do biurka Ea8 zamawiający wymagał aby biurko było wyposażone w kontener mobilny, co wskazywało na jedną sztukę tego elementu. Rzeczywiście w odpowiedzi na pytanie nr 20 z dnia 9 kwietnia 2019 r. zamawiający wyjaśnił, że biurko gabinetowe Ea8 ma być jednak wyposażone w 3 szt. kontenerów mobilnych. Podkreślenia wymagało, że zamawiający w ślad za dokonaną odpowiedzią nie zmienił jednak wzoru zestawienia parametrów nr 48 do załącznika 3/2. W związku z powyższym w dalszym ciągu w kolumnie „parametry wymagane” tego wzoru znajdował się opis, zgonie z którym biurko ma być wyposażone w „kontener mobilny”.

Jak wcześniej wyjaśniono, wykonawca nie miał możliwości samodzielnej zmiany wzoru załącznika w kolumnie „parametry wymagane”. Logicznym więc było, że w dalszym ciągu znajdował się tam zapis odnoszący się do kontenera mobilnego. Na uwagę zasługiwał fakt, że sam odwołujący nie zmienił opisu w kolumnie „parametry wymagane” złożonego przez siebie zestawienia, w której także znalazł się zapis „Biurko wyposażone w kontener mobilny” (por. dowód nr 12 złożony przez przystępującego w trakcie rozprawy).

Podkreślić należy również, że wykonawca nie miał obowiązku podawania we wypełnionym przez siebie zestawieniu jakichkolwiek parametrów oferowanych. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość, aby w kolumnach „potwierdzenie” i „parametr/ warunek oferowany” wykonawcy ograniczyli się do złożenia dwukrotnie oświadczenia „TAK”. Taką właśnie techniką, dozwoloną przez zamawiającego, posłużył się przystępujący.

W tej sytuacji nie można było bezwzględnie utrzymywać, że przystępujący zaoferował zamawiającemu biurko Ea8 wyposażone w 1 kontener mobilny, zamiast wymaganych trzech. Przystępujący nigdzie bowiem nie złożył świadczenia, że oferuje biurko z jednym kontenerem. Przystępujący złożył jedynie dwukrotne oświadczenie o spełnieniu parametrów wymaganych o takiej treści, jakie były żądane zgodnie z brzmieniem wzoru załącznika do SIWZ.

Wobec powyższego zamawiający słusznie poprosił przystępującego o złożenie stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwracając się o udzielenie informacji, czy wykonawca uwzględnił w swej wycenie 1 czy 3 kontenery. Oświadczenie woli przystępującego było niejasne, ale źródłem i powodem tych niejasności nie było działanie wykonawcy, ale zaniechania samego zamawiającego, który – wbrew treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp - nie zmodyfikował w ślad za odpowiedzią odpowiedniego wzoru formularza, który należało bezwzględnie złożyć. Jak słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący w trakcie rozprawy, zgodnie z orzecznictwem Izby wszelkie nieścisłości w SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawcy. Nie ulegało zaś wątpliwości, że źródłem niejasności było nad zwyczaj niestaranne zachowanie zamawiającego, który pomimo iż w odpowiedzi na pytania zmienił opis przedmiotu zamówienia, to jednak nie dokonał modyfikacji wzoru załącznika do oferty, co było jego obowiązkiem.

Nietrafny okazał się argument odwołującego, który starał się wykazać różnicę w wycenie przystępującego między biurkami Ea8 a Ea10.

Wzięto pod uwagę, że przystępujący złożył zamawiającemu kosztorys produkcyjny mebli płycinowych. W pozycji 24 (część tajna wyjaśnień przystępującego z 22 maja 2019 r. złożonych w trybie art. 90 Pzp) wykonawca wyjaśnił elementy kosztotwórcze w odniesieniu do biurka Ea8. Co istotne, wykonawca w tych wyjaśnieniach ujawnił ilości i wartość materiałów potrzebnych do wyprodukowania mebli, z podziałem na poszczególne materiały, także w odniesieniu do biurek Ea8 i Ea10. Z wyjaśnień tych wynikało, że rentowne jest wykonanie zarówno całości zamówienia jak i spornej mebla tj. biurka Ea8 zaopatrzonego w trzy kontenery. Natomiast jeśli wykonanie zarówno całości zamówienia, jak i jego spornej części (w tym przypadku biurka Ea8) jest opłacalne, to dalsze szczegóły kalkulacji zależą od woli wykonawcy, który może ustalać zysk za poszczególne elementy przedmiotu oferty na różnym poziomie.

Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za chybiony.

## **Zarzut 2a i 2 d.**

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności rozmiarów próbki kontenera mobilnego biurka Ea9 i próbki szafy Ce2 z wymaganiami SIWZ, jak również z ofertą (**zarzut 2a i 2d uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zamawiający w punkcie III I. 18. SIWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:

14) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.

W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.

16) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:

dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):

- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia,
- szafę (Ce2), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia,
- (...).

Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.

Ustalono także, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.

4. Przed przystąpieniem do realizacji zamówienia wszystkie podane w SIWZ wymiary mebli medycznych i biurowych muszą być zweryfikowane przez Wykonawcę poprzez obmiar z natury w celu dopasowania ich do wymiarów pomieszczeń po zakończeniu robót wykończeniowych. Zamawiający dopuszcza tolerancję wymiarów w zakresie +/- 10% chyba, że w treści opisu podany jest inny dopuszczalny zakres tolerancji lub zmiana wynika z potrzeby dopasowania do wymiarów pomieszczenia np. istniejących wnęk, otworów, zainstalowanego wcześniej sprzętu i wyposażenia.

Ustalono, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 7, kontener mobilny biurka Ea9 miał mieć wymiary H = 610 mm, L = 460 mm, B = 550 mm. Ustalono także, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów nr 22, stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 1, szafa Ce2 miała mieć wysokość 2020 mm.

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione zestawienie parametrów nr 50, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do biurka Ea9, a także wypełnione zestawienie parametrów nr 22, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do szafy Ce2.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.

- 1) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów. W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.
- 2) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:

dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):

- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia,
- szafę (Ce2), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia,
- (...).

Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble



*(wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył kartę katalogową dla biurka Ea9. W karcie tej wpisał, że kontener mobilny ma wymiary H=610 mm, L=460 mm, B=550 mm. Wskazał także, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania szczegółowego projektu zabudowy meblowej, uzgodnionego i zaakceptowanego przez zamawiającego, odchyłki wymiarowe +/- 10 %.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył także kartę katalogową dla szafy Ce2. Wskazał, że szafa ma wymiary H=2020 mm. Wskazał także, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania szczegółowego projektu zabudowy meblowej, uzgodnionego i zaakceptowanego przez zamawiającego, odchyłki wymiarowe +/- 10 %.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył próbkę biurka Ea9 i szafy Ce2. Próbka kontenera mobilnego biurka ma wymiary H=655 mm, L=435 mm, B=555 mm (okoliczność niesporna, zdjęcie – dowód nr 12 załączony do odwołania). Próbka szafy Ce2 ma wysokość 2030 mm licząc od podłogi, tj. z uwzględnieniem wysuwanych, regulowanych nóżek (zdjęcie - dowód nr 16 załączony do odwołania). Próbka szafy ma wysokość 2020 mm licząc od cokołu (dowód: zdjęcia – załączniki 10-12 złożone przez zamawiającego na rozprawie).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi, że:

*W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.*

*Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:*

1) (...)

2) *spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,*

3) (...)

*- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do*

*złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Istota zarzutu odwołującego sprowadzała się do tego, że rozmiary próbki kontenera mobilnego biurka Ea9 i szafy Ce2 miały się różnić od tych wskazanych w kartach katalogowych, a zatem próbki miały nie oddawać cech, jakie zostały zadeklarowane w ofercie .

Co do konieczności zachowania zgodności próbki z treścią oferty odwołujący powołał się na postanowienie pkt III.1.18.16) SIWZ. Rzeczywiście w postanowieniu tym zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany będzie do złożenia próbki m.in. biurka (Ea9), czy szafy (Ce2). Doprecyzował także, że produkty te mają być wykonane dokładnie w taki sposób i posiadać takie cechy, jakie wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy.

Zgodnie z przywołanym przez odwołującego postanowieniem SIWZ zamawiający wymagał zgodności dostarczonej próbki z cechami zadeklarowanymi w ofercie. Karta katalogowa zaś, na jaką powołał się odwołujący, nie jest ofertą. Uszło uwadze odwołującego, że karta katalogowa była wymagana przez zamawiającego zgodnie z pkt III.1.18.14) SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Jak wynikało z powyższego, karta katalogowa, o której wspomniał odwołujący była tzw. „dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego”, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dokument taki nie jest ofertą, co wynika choćby z faktu, że zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dokument taki składany jest o wiele później niż sama oferta, a mianowicie na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia też w analizowanym postępowaniu. Przystępujący złożył sporne karty katalogowe właśnie w odpowiedzi na wezwanie, które zamawiający przesłał do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 31 maja 2019 r. Dokumenty te złożono zamawiającemu o wiele później niż samą ofertę, gdyż termin składania ofert, zgodnie z protokołem postępowania upłynął w dniu 25 kwietnia 2019 r. Zarzut okazał się zatem chybiony.

## **Zarzut 2b**

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności wnętrzu szuflad kontenera mobilnego próbki biurka Ea9 z wymaganiami SIWZ, jak również z ofertą (**zarzut 2b uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zamawiający w punkcie III I. 18. SIWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:

14) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.

W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.

16) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:

dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):

- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.

Ustalono także, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.

Ustalono, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 12, kontener mobilny biurka Ea9 miał posiadać m.in.:

szuflady wyposażone w wykonstruowane poprzez wycięcie lub przeformowanie gniazda montażowe w bokach szuflad, umożliwiające zastosowanie specjalistycznych ruchomych wkładów podłużnych i poprzecznych, umożliwiających podział wewnętrzny szuflady na przechowywane akcesoria zgodnie z bieżącą potrzebą Zamawiającego

oraz

*szuflady podwyższonej nośności z widocznym przetłoczeniem usztywniającym dno.*

Ustalono także, że w dniu 4 kwietnia 2019 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści:

*Proszę o informację czy zamawiający dopuści szuflady typu skrzynkowego w całości wykonane z blachy ocynkowanej elektrolitycznie i malowane farbą proszkową bez widocznego przetłoczenia usztywniającego dno.*

udzielił odpowiedzi:

*Dopuszczamy, przy czym reszta opisu szuflad pozostaje bez zmian (m.in. prowadnice, podziałki). Zmiana opisu tylko w przetłoczeniu dna.*

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione zestawienie parametrów nr 50, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do biurka Ea9.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.

*1) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

*2) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:*

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

*- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, (...).*

*Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył kartę katalogową dla biurka Ea9. W karcie tej wpisał, że kontener mobilny ma szuflady

wyposażone w wykonstruowane poprzez wycięcie lub przeformowanie gniazda montażowe w bokach szuflad, umożliwiające zastosowanie specjalistycznych ruchomych wkładów podłużnych i poprzecznych, umożliwiających podział wewnętrzny szuflady na przechowywane akcesoria zgodnie z bieżącą potrzebą Zamawiającego

oraz

szuflady podwyższonej nośności z widocznym przetłoczeniem usztywniającym dno.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył próbkę biurka Ea9. Próbka kontenera mobilnego biurka zawiera szuflady typu skrzynkowego w całości wykonane z blachy ocynkowanej elektrolitycznie i malowane farbą proszkową (okoliczność niesporna, zdjęcie - dowód nr 13 załączony do odwołania). Szuflady posiadają gniazda montażowe w bokach szuflad, umożliwiające zastosowanie specjalistycznych ruchomych wkładów poprzecznych (zdjęcie – dowód nr 13 załączony do odwołania). Taka konstrukcja, umożliwia, aby następnie do wkładów poprzecznych zastosować ruchome wkłady podłużne (dowody nr 10-11 złożone przez przystępującego na rozprawie).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że po zapoznaniu się z próbką biurka stwierdził, iż kontener mobilny stanowiący element biurka Ea9 nie posiadał widocznych przetłoczeń usztywniających dno szuflad. Powyższe miało być niezgodne z tabelą zestawienia parametrów nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 punkt do SIWZ.

Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 3 kwietnia 2019 r. dopuścił zaoferowanie szuflad typu skrzynkowego w całości wykonanych z blachy stalowej ocynkowanej elektrolitycznie i malowanych farbą proszkową *bez widocznego przetłoczenia usztywniającego dno*. Nie było sporne między stronami, że przystępujący dostarczył zamawiającemu próbkę szuflad typu skrzynkowego w całości wykonanych z blachy stalowej ocynkowanej elektrolitycznie i malowanych farbą proszkową. Odwołujący nie zakwestionował bowiem tego faktu w odwołaniu. W związku z powyższym wykonawca w zaprezentowanych próbce biurka Ea9 nie musiał zaprezentować szuflad z *widocznym przetłoczeniem usztywniającym dno*.

Bezzasadny okazał się zarzut odwołującego jakoby zaprezentowana próbka miała być sprzeczna z tym zakresie z deklaracjami przystępującego z oferty. Odwołujący wskazał, że w karcie katalogowej biurka Ea9 wykonawca miał potwierdzić zaoferowanie widocznego przetłoczenia usztywniającego dno. Odwołujący po raz kolejny bezzasadnie utożsamiał z ofertą inny dokument przedmiotowy – a mianowicie kartę katalogową. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby poczynione przy rozstrzygnięciu zarzutu 2a i 2d powyżej.

Na marginesie wskazać należy, że w tym zakresie aktualne zostają także rozważania Izby, co do konieczności interpretacji wypełnionego zestawienia parametrów z uwzględnieniem wskazówek dotyczących rozstrzygnięcia zarzutu 1. Również bowiem i w tym przypadku zamawiający w ślad za odpowiedzią na pytanie nie dokonał modyfikacji wzoru tabeli zestawienia parametrów nr 50, stanowiącej część załącznika nr 3/2 do SIWZ.

Chybiony okazał się także zarzut, jakoby próbka biurka Ea9 nie posiadała gniazd montażowych w bokach szuflad umożliwiających zastosowanie ruchomych wkładów podłużnych i poprzecznych, umożliwiających podział wewnętrzny szuflady. W trakcie rozprawy odwołujący doprecyzował, że brak było możliwości zastosowania ruchomych wkładów podłużnych. Wskazał na brak gniazd montażowych z tyłu i z przodu szuflady.

W tym zakresie na uwagę zasługiwał fakt, że w przywołanym wymogu SIWZ zamawiający nie narzucił obowiązku aby gniazda montażowe umożliwiające zastosowanie wkładów podłużnych były zamontowane w tylnym i w przednim boku szuflad. Z literalnego brzmienia wymogu wynikało, że wystarcza aby taką możliwość zapewniły gniazda montażowe w bokach szuflad. Na zdjęciu, stanowiącym dowód nr 13 do odwołania uwidocznione zostały wyraźnie znajdujące się z boku gniazda montażowe, które niewątpliwie umożliwiały zastosowanie co najmniej kilku wkładów poprzecznych. Z kolei jak wynikało z dowodu nr 10 złożonego przez przystępującego w trakcie rozprawy taka konstrukcja, umożliwia, aby następnie do wkładów poprzecznych zostały zastosowane ruchome wkłady podłużne. Zamawiający w treści wymogu nie wykluczył takiego sposobu montażu obu rodzajów wkładów. W związku z tym zarzut, że próbka nie spełnia ww. wymogu z SIWZ okazał się chybiony.

### **Zarzut 2c**

Za zasadny uznano zarzut dotyczący niezgodności próbki biurka Ea9 z wymogami SIWZ odnośnie samodomykania szuflad kontenera mobilnego (**zarzut 2c uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zamawiający w punkcie III I. 18. SIWZ wskazał, że *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:*

*14) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

16) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

*- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono także, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.

Ustalono, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 50 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ), punkt 12, szuflady kontenera mobilnego biurka Ea9 miały posiadać m.in.: *funkcję samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia.*

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione zestawienie parametrów nr 50, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do biurka Ea9.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.

1) *foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt*

*spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

*2) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:*

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

*- biurko (Ea9), z którego Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, (...).*

*Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

*Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył kartę katalogową dla biurka Ea9. W karcie tej wpisał, że oferuje prowadnice szufladowe typu kulowego z funkcją samodomykania typu mechanicznego i systemem tłumienia odgłosu końcowego domknięcia.*

*Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył próbkę biurka Ea9. Szuflady biurka posiadają mechanizm (siłownik) umożliwiający działanie ww. funkcji, jednak mechanizm ten w przypadku jednej z szuflad dotknięty jest usterką (brak należytej sprawności w jednej szufladzie – okoliczność przyznana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, str. 8, jak również w trakcie rozprawy).*

*Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

*Zarzut zasługuje na uwzględnienie.*



Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w trakcie badania próbki biurka Ea9 złożonej przez przystępującego stwierdził, że funkcja samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia nie działały.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przyznał, że obecnie jak i w chwili dokonania badania próbki przez Odwołującego mechanizm (siłownik) umożliwiający działanie ww. funkcji istniał, lecz mechanizm ten w przypadku jednej z szuflad dotknięty był usterką (brak należytej sprawności w jednej szufladzie). Okoliczność ta okazała się zatem bezsporna między stronami, co zgodnie z art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp wyłączało konieczność przeprowadzenia dowodu na tę okoliczność, gdyż przyznanie to nie budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistością.

W dalszej kolejności zamawiający podniósł, że sporny mechanizm działał w trakcie badania próbki przez zamawiającego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że mechanizm ten działał w momencie badania próbki przez zamawiającego. Co więcej, na pytanie przewodniczącego czy zamawiający dysponuje protokołem z badania próbki, zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej. Zgodnie z art. 9 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Zamawiający miał zatem obowiązek udokumentować czynność badania próbki złożonej przez przystępującego. Skoro takiego dowodu nie przedstawił, choć w świetle przepisów prawa powinien nim dysponować, to nie można było w żaden sposób ustalić, że rzeczywiście próbka była kiedykolwiek zgodna z wymaganiami SIWZ.

Bez znaczenia jest przy tym okoliczności, że jak wynikało ze zdjęcia nr 18 i 19 złożonego przez zamawiającego, uwidoczniony są na nich elementy mechanizmu dociągającego. W oparciu o ten dowód można było jedynie ustalić, że widnieje na nim mechanizm, który być może służy do domykania. Powyższy dowód nie pozwalał jednak na ustalenie, że mechanizm ten działał w bliżej określonej dacie, kiedy zamawiający rzekomo miał dokonać badania próbki.

W związku z powyższym stwierdzono, że omawiany zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z pkt III.118.16 SIWZ próbka miała potwierdzać spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Jednym z tych wymagań było posiadanie przez szuflad funkcji samodomykania typu mechanicznego i systemu tłumienia odgłosu końcowego domknięcia, które nie działały w jednej z szuflad kontenera biurka.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia próbki biurka Ea9 celem potwierdzenia zaoferowanego w ofercie wymagania opisanego w zestawieniu parametrów nr 50, stanowiącym część załącznika nr 3.2 (str. 185-188 SIWZ, pkt 12) zgodnie z którym

szuflady kontenera mobilnego miały posiadać prowadnice z funkcją samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia.

Dostrzeżenia wymagało, że nakazane wezwanie nie doprowadzi do zmiany oferty przystępującego, gdyż w ofercie ten element został wyraźnie zaoferowany, a zatem brakowało jedynie próbki potwierdzającej zobowiązania z oferty.

Nie przychyłono się do żądania odrzucenia z ww. powodu oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając to żądanie za przedwczesne. Odrzucenie oferty na tej podstawie z powodu nieprzedstawienia dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może nastąpić dopiero po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem próbka została zakwalifikowana przez zamawiającego w pkt III.1.18.16 SIWZ jako tzw. dokument przedmiotowy.

Nakazane uzupełnienie nie naruszy wynikającej z orzecznictwa zasady jednorazowego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego z tego samego powodu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wprowadził już przystępującego do uzupełniania próbki biurka Ea9 w dniu 1 lipca 2019 r. Jednakże jak wynikało z treści ww. wezwania, powodem wezwania były zupełnie inne niezgodności próbki biurka z SIWZ, niż niedziałająca funkcja samodomykania typu mechanicznego i systemu tłumienia odgłosu końcowego domknięcia.

## **Zarzut 2e**

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności zawiasów próbki szafy Ce2 z wymaganiami SIWZ, jak również z ofertą (**zarzut 2e uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zamawiający w punkcie III I. 18. SIWZ wskazał, że *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:*

*14) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub*

*rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

*16) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:*

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

*- szafa Ce2 (Ea9), z której Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono także, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.

Ustalono, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 22 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 4, szafa miała być wyposażona w zawiasy o kącie rozwarcia co najmniej 110°.

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione zestawienie parametrów nr 22, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do szafy Ce2.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.

*1) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

*2) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:*

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

- szafa (Ce2), z której Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia,  
(...).

*Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającego przystępujący złożył kartę katalogową dla szafy Ce2. W karcie tej wpisał, że drzwi osadzone są na zawiasach o kącie otwarcia co najmniej 110 stopni.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył także próbkę szafy Ce2.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego do dostarczenia nowych próbek lub wykonania odpowiednich poprawek w próbkach (egzemplarzach) już dostarczonych w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ. Zamawiający wskazał, że w przypadku próbki szafy Ce2 zastosowane zawiasy posiadają kąt rozwarcia mniejszy niż 110 stopni.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył zamawiającemu nową próbkę szafy Ce2. Do próbki załączył kartę katalogową zawiasu ze strony banicki.com.pl – model T31, TR-00. Na karcie tej znajduje się w górnym, prawym rogu rysunek zawiasu z kątem otwarcia „110°”. W treści karty znajduje się wzmianka „kąt otwarcia: 105 ° ~ 110 ° ”. (dowód nr 17, załączony do odwołania wraz z tłumaczeniem, załącznik nr 23 złożony przez zamawiającego na rozprawie).

Ustalono, że jak wynika ze zdjęcia nr 1 złożonego przez zamawiającego, zawias umożliwia otwarcie drzwi do kąta 110 stopni.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w odpowiedzi na wezwanie z 1 lipca 2019 r. przystępujący złożył jakąś kartę zawiasu bez nazwy (wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia). Wywiódł, że z karty tej nie wynika, że maksymalny kąt rozwarcia to 110°, a określono przedział maksymalnego rozwarcia od 105° do 110°, co oznacza, że Zamawiający nie ma gwarancji, że zawiasy faktycznie będą miały kąt rozwarcia 110°, a nie przykładowo jedynie 105°. Zdaniem odwołującego, oznacza to, że dostarczona próbka jest niezgodna zarówno z wymaganiami SIWZ, jak i deklaracjami wykonawcy przystępującego z oferty.

Jak wynikało z uzasadnienia zarzutu, odwołujący zakwestionował spełnienie wymagań przez próbkę wyłącznie z powodów formalnych. W szczególności odwołujący

nigdy nie zarzucił, aby w trakcie oględzin próbki szafy Ce2 miał stwierdzić iż zawias miał kąt rozwarcia mniejszy niż 110 stopni. Nie przedstawił też żadnego dowodu ze zdjęciem kąta rozwarcia okazanego mu zawiasu. Odwołujący zakwestionował jedynie wiarygodność złożonej karty katalogowej zawiasu, którą przystępujący przedstawił przy składaniu próbki szafy.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu należało podkreślić, że przystępujący, jak i każdy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu nie miał obowiązku złożenia jakiegokolwiek karty katalogowej zawiasu. Zgodnie z pkt III. 1.18.14 SIWZ karty katalogowe miały być składane w odniesieniu do wyrobów, a tym przypadku mebla, jakim była szafa Ce2, a nie zawiasu, będącego jej elementem składowym.

Po drugie, wbrew stanowisku odwołującego z karty tej nie wynikało, aby kąt rozwarcia zawiasu uwidocznionego na karcie miał wynosić 105 stopni. Odwołujący pominął fakt, że karcie ten w prawym górnym rogu znajdował się rysunek, na którym wyraźnie przedstawiono kąt otwarcia 110 stopni. W części zaś opisowej znajduje się dopisek kąt otwarcia  $105^{\circ} \sim 110^{\circ}$ . Po trzecie, na podstawie treści tej karty nie można ustalić, że zawias w próbce szafy ma kąt otwarcia 105 stopni, jak wywodził odwołujący. O takim ustaleniu można byłoby mówić w przypadku, gdyby odwołujący przedstawił Izbie dowód z pomiaru kąta rozwarcia spornego zawiasu, na podstawie którego można byłoby taki fakt stwierdzić. Dowód przeciwny przedstawił natomiast zamawiający składając na rozprawie zdjęcie nr 1, na którym przyłożono do otwartych drzwi szafy kątomierz i zmierzono kąt otwarcia zawiasu jako 110 stopni.

Za niewiarygodny uznano dowód nr 18 załączony do odwołania. Dowód ten stanowił wydruk ze strony internetowej [tmakcesoria.pl](http://tmakcesoria.pl). Na wydruku tym rzeczywiście w odniesieniu do zawiasu TR-00 ATM 3D pojawiła się informacja o kącie rozwarcia zawiasu 105 stopni. Jednakże w trakcie rozprawy przystępujący złożył dowód nr 8 – korespondencję mailową z podmiotem, którego informacje odwołujący przedstawił w ww. dowodzie nr 18 załączonym do odwołania. Podmiot ten w korespondencji mailowej z 19 sierpnia 2018.r jednoznacznie przyznał, że na stronie internetowej istniał błąd co do kąta otwarcia zawiasu TR-00 ATM 3D, który już poprawił. Z kolei z dowodu nr 9 złożonego przez przystępującego na rozprawie wynikało, że taka błędna informacja na dzień 19.08.2019 r. została już skorygowana na stronie internetowej [tmakcesoria.pl](http://tmakcesoria.pl). Obecnie znajduje się tam informacja, iż zawias TR-00 ATM 3D ma kąt rozwarcia 110 stopni.

Odwołujący przedstawił także korespondencją mailową prowadzoną z firmą ATM co do zawiasu, którego zdjęcie z oględzin załączył do tej korespondencji (dowód nr 1 złożony przez odwołującego na rozprawie). W korespondencji tej ATM złożyło oświadczenie, że zawias TR00 posiada kąt otwarcia 95 stopni. Dowód ten nie może jednak prowadzić do ustalenia, że ten konkretny zawias próbki szafy posiada kąt rozwarcia mniejszy niż 110

stopni. Jak wynikało z korespondencji mailowej firma ATM bazowała jedynie na zdjęciu przesłanym przez odwołującego, na którym nie była uwidoczniła nazwa produktu, a jedynie zaślepka z logo ATM. ATM nie zapoznawał się zatem z tym konkretnym zawiasem z próbki. Co więcej wiarygodność tego dowodu osłabiał również fakt, że odwołujący w korespondencji zasugerował odpowiedź firmie ATM, jednoznacznie oświadczając, że „załącza zdjęcie zawiasu TR00”. Tymczasem wcale nie ma pewności, że chodzi o ten sam zawias. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że w karcie katalogowej zawiasu złożonej przez przystępującego nie pojawia się nazwa ATM, zamiast tego znajduje się nazwa typu zawiasu jako TR 00, z dodatkowym dookreśleniem „T31”. Odwołujący przedstawił w charakterze dowodu także wydruk z folderu ATM z zawiasami (dowód nr 2 złożony na rozprawie). Jednakże z przyczyn wskazanych wcześniej nie ma pewności, czy któryś z uwidoczniionych w folderze zawiasów to ten, który znajduje się w próbce szafy Ce2. Podkreślenia wymagało, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 6KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej, czemu odwołujący jednak nie sprostał. Powyższe musiało skutkować oddaleniem zarzutu.

## **Zarzut 2f**

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności regulacji wysokości szafy Ce2 z wymaganiami SIWZ, jak również z ofertą (**zarzut 2f uzasadnienia odwołania**).

Ustalono, że zamawiający w punkcie III I. 18. SIWZ wskazał, że *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów:*

*14) foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

16) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:

dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):

- szafa Ce2 (Ea9), z której Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.

Ustalono także, że zgodnie z punktem IV. SIWZ:

1.2. Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla oferowanego przedmiotu zamówienia określają dokładnie Załączniki Nr 3/1 - 3/11 do SIWZ, które Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i załączyć do oferty.

Ustalono, że zgodnie z tabelą zestawienia parametrów Nr 22 stanowiącą część załącznika nr 3/2 (str. 94-97 SIWZ), punkt 3, szafa miała posiadać regulację wysokości, poziomowanie szafy realizowane przez otwory rewizyjne w dnie szafy za pomocą klucza typu imbus.

Ustalono także, że zamawiający w dniu 9 kwietnia 2019 r. w odpowiedzi na pytanie nr 17: *Czy zamawiający dopuści do zaoferowania szafy i komody, w których regulacja wysokości, poziomowanie realizowane jest przez otwory rewizyjne w dolnym wieńcu na pomocą śrubokręta płaskiego” Detal montażowy w postaci śruby regulacyjnej jest detalem ukrytym i niewidocznym, który w żadne sposób nie wpływa na walory techniczne oraz na estetykę mebla.*

udzielił odpowiedzi:

*Dopuszczamy.*

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione zestawienie parametrów nr 22, stanowiące część załącznika nr 3/2, odnoszące się do szafy Ce2.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.

1) *foldery lub karty katalogowe oferowanych wyrobów w celu zapoznania się z ich charakterystyką techniczną i sposobem wykonania - wymóg dotyczy wszystkich wyrobów.*

*W przypadku mebli, karta katalogowa produktu musi zawierać nazwę produktu lub nazwę użytego systemu, nazwę producenta, rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary*

*oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany produkt spełnia wymagania projektu. Zamawiający wymaga przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych produktów w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania.*

*2) próbki n/w oferowanych mebli medycznych, mebli biurowych wykonanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w celu potwierdzenia ich zgodności z określeniem zawartym w SIWZ tj.:*

*dla mebli biurowo-socjalnych (Zadanie Nr 2):*

*- szafa (Ce2), z której Wykonawca zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia, (...).*

*Wymaga się, aby w/w produkty były wykonane dokładnie w taki sposób i posiadały takie cechy, jakie Wykonawca zadeklarował w ofercie odpowiednio do wymagań SIWZ i w konsekwencji mają być one przedmiotem dostawy. Wskazane jest aby, w/w produkty wykonane były we wskazanej w opisie przedmiotu zamówienia kolorystyce. Meble (wskazane próbki) dostarczone przez firmę, której oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza mogą zostać użyte przez Wykonawcę do zrealizowania zadania.*

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającego przystępujący złożył kartę katalogową dla szafy Ce2. W karcie tej wpisał, że poziomowanie szafy realizowane przez otwory rewizyjne w dniu szafy za pomocą klucza typu imbus.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył także próbkę szafy Ce2. W podłodze szafy widoczna jest główka metalowego wkrętu z wcięciem krzyżakowym (zdjęcia 4-10 złożone przez zamawiającego, dowód nr 19 załączony do odwołania). Wkręt ten może być przekręcany za pomocą śrubokręta płaskiego (zdjęcia 5-7 złożone przez zamawiającego na rozprawie).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w trakcie oględzin próbki szafy stwierdził, iż w otworach w podłodze szafy widoczna jest główka metalowego wkrętu z wcięciem krzyżakowym. Podniósł, że tego typu wkręt nie może służyć do regulacji wysokości, ponieważ nie jest śrubą metryczną przeznaczoną do tego celu. Ponadto nie został spełniony wymóg obsługi poziomowania za pomocą klucza imbusowego, bowiem do tego celu niezbędny jest otwór w głowie śruby w kształcie sześciokąta, a nie krzyżyka.

Po pierwsze, uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 17 z dnia 9 kwietnia 2019 r. dopuści do zaoferowania szafy których regulacja wysokości, poziomowanie realizowane jest przez otwory rewizyjne w dolnym wieńcu za pomocą



śrubokręta płaskiego. W tej sytuacji nie było obowiązku zapewnienia obsługi regulacji i poziomowania za pomocą klucza imbusowego. Rozwiązanie zaproponowane przez przystępującego okazało się także zgodne z rozwiązaniem opisanym w przywołanej odpowiedzi nr 17. Wykonawca wprawdzie zastosował wkręt z wcięciem krzyżakowym. Wkręt taki może być jednak obsługiwany także za pomocą klucza płaskiego, co wynikało ze złożonych przez zamawiającego na rozprawie zdjęć nr 5-7.

Nie można było także mówić o niezgodności próbki szafy z deklaracjami wynikającymi z oferty. Odwołujący również i w tym zakresie mylnie utożsamiał treść dokumentu przedmiotowego, jakim była karta katalogowa szafy, z ofertą. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby poczynione przy rozstrzygnięciu zarzutu 2a i 2d powyżej.

Odnosnie zaś zarzutu, że wkręt z wcięciem krzyżakowym nie może służyć do regulacji, ponieważ nie jest śrubą metryczną, również i ten zarzut należało uznać za chybiony. Zamawiający nigdzie w treści SIWZ nie narzucił obowiązku zapewnienia regulacji przy użyciu śruby metrycznej.

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

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający

bezzasadnie zaniechał czynności wezwania przystępującego do uzupełniania próbki, o której mowa w pkt 1 sentencji wyroku. W razie nieuzupełnienia prawidłowej próbki oferta przystępującego będzie podlegać odrzuceniu, zatem wynik postępowania może się jeszcze zmienić.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki biurka Ea9 celem potwierdzenia zaoferowanego w ofercie wymagania opisanego w zestawieniu parametrów nr 50, stanowiącego część załącznika nr 3/2 (str. 185-188 SIWZ, pkt 12) zgodnie z którym szuflady kontenera mobilnego miały posiadać prowadnice z funkcją samodomykania typu mechanicznego i system tłumienia odgłosu końcowego domknięcia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim,*

*analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

*Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.*

*W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. . Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/7 i chybione w części 6/7. Kosztami postępowania w części 1/7 obciążono zatem zamawiającego a w części 6/7 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł , koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3.600 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty dojazdu odwołującego na rozprawę w kwocie 270 zł, zatem łącznie 22.470 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3.210 zł ( $22.470 \text{ zł} \times 1/7$ ). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 18.870 zł, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do kwoty 19.260 zł ( $22.470 \times 6/7$ ) Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 390 zł ( $3.600 - 3.210$ ), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....