

sygn. akt: **KIO 3001/21**

WYROK

z dnia 4 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawcę **TRONUS POLSKA sp. z o.o., ul. Ordona 2a; 01-237 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ul. Rakowicka 27; 31-510 Kraków**,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów określonych w pkt 3 i 4 odwołania na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TRONUS POLSKA sp. z o.o., ul. Ordona 2a; 01-237 Warszawa i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TRONUS POLSKA sp. z o.o., ul. Ordona 2a; 01-237 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od wykonawcy TRONUS POLSKA sp. z o.o., ul. Ordona 2a; 01-237 Warszawa na rzecz zamawiającego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, ul. Rakowicka 27; 31-510 Kraków kwotę 4 110 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto dziesięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.**

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 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa wraz z montażem standardowych mebli biurowych dla poszczególnych Katedr dla Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 6 października 2021 r., pod nr 2021/BZP 00213837.

Dnia 11 października 2021 roku, wykonawca TRONUS POLSKA sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 77 ust. 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w treści SWZ zasady, że próbki trzech mebli wskazanych w pkt 6.2 SWZ tj. fotela biurowego obrotowego model 1, kontenera mobilnego oraz szafy gabinetowej aktowej wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, będą stanowić załączniki do umowy, a przez to nie będą podlegały zwrotowi,
2. art. 99 ust. 2 i 3 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w treści SWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję:
 - a) dla wszystkich produktów – poprzez zaniechanie ustalenia dla tych produktów dopuszczalnej tolerancji wymiarów w stosunku do wartości określonych w SWZ;
 - b) dla towarów z zakresu „Szafy, regały” – poprzez ustalenie w „Opisie mebli – wymagania ogólne” (załącznik nr 3 do SWZ) wymogu, aby plecy tych mebli były wykonane z płyt o grubości 12-18 mm,
co świadczy o wskazaniu w SWZ preferencji produktów producentów towarów o parametrach identycznych, jak określone w SWZ i nie dopuszczeniu towarów innych producentów występujących na rynku,
3. art. 15r¹ ust. 1 ustawy z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 58 kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie w § 6 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SWZ) obowiązku udzielenia przez wykonawcę zgody na potrącenie kar umownych z jego wynagrodzenia w sytuacji, gdy jest to sprzeczne z obowiązującymi przepisami wyłączającymi możliwość potrącenia kar z wynagrodzenia w okresie obowiązywania stanu epidemii COVID-19,
4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego (dalej: kc) oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku

zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się w szczególności poprzez:

- a) wprowadzeniu w § 6 ust. 1 tiret drugie i czwarte wzoru umowy (załącznik nr 8 do SWZ) dwóch kar umownych dotyczących zwłoki w dostawie, tj. dwóch kar za jedno naruszenie umowy przez wykonawcę;
- b) wprowadzenie w § 6 ust. 5 zdanie pierwsze wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do kumulowania kar umownych, umożliwiającej nakładanie na wykonawcę więcej niż jednej kary umownej za jedno naruszenie umowy, w tym kar za nienależyte wykonanie i za niewykonanie umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu doprowadzenia postanowień SWZ do stanu zgodnego z przepisami ustawy Pzp i kc, w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

- 1) w pkt 6.2 SWZ w lit. e poprzez jego skreślenie, ewentualnie poprzez wprowadzenie w SWZ zasady, że zamawiający zapłaci wykonawcy, któremu udzieli zamówienia, kwotę stanowiącą koszt wykonania próbek mebli nie podlegających zwrotowi w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia zakończenia postępowania, w wysokości nie mniejszej niż 2.500 złotych brutto (z VAT),
- 2) w zakresie wszystkich towarów objętych SWZ poprzez ustalenie dla każdego produktu oraz składających się na nie komponentów tolerancji wymiarów nie mniejszej niż +/- 5% w stosunku do wartości wskazanych w SWZ,
- 3) w zakresie towarów z asortymentu „Szafy, regały” poprzez dopuszczenie w tym zakresie w SWZ towarów z plecami wykonanymi z płyty o grubości 8-10 mm,
- 4) w § 6 ust. 1 tiret czwarte wzoru umowy poprzez jego skreślenie,
- 5) w § 6 ust. 4 wzoru umowy poprzez jego skreślenie,
- 6) w § 6 ust. 5 wzoru umowy poprzez skreślenie zdania pierwszego.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i w zakresie żądania dokumentowania zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego w sposób naruszający przepisy ustawy, został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty,

a tym samym odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SWZ odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Korzyści tych został pozbawiony poprzez naruszające przepisy pzp i kc czynności zamawiającego zaskarżone niniejszym odwołaniem. W zakresie postanowień SWZ ujętych w istotnych postanowieniach umowy dodatkowo istnieje potencjalna szkoda związana z realizacją umowy na warunkach naruszających przepisy prawa cywilnego.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ulega wątpliwości, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia w zakresie obu pakietów.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji, a także w sposób proporcjonalny. Oznacza to, że zamawiający nie ma swobody w korzystaniu z narzędzi przyznanych mu w ustawie pzp – korzystając z nich musi on respektować wskazane w art. 16 zasady.

W przedmiotowym postępowaniu, w pkt 6.2 SWZ zamawiający przewidział obowiązek złożenia wraz z ofertą, jako przedmiotowe środki dowodowe trzech próbek mebli: (1) fotela biurowego obrotowego model 1, (2) kontenera mobilnego oraz (3) szafy gabinetowej aktowej wykonawcy. Zgodnie z SWZ próbki te mają służyć weryfikacji zgodności oferowanych towarów z SWZ, a także będą podlegały ocenie w kryterium jakości wykonania, przewidzianym w rozdziale 17 SWZ (pkt 6.2 lit. a SWZ). Żądanie takie wydaje się usprawiedliwione celami postępowania. Jednak zamawiający nie ograniczył się do przewidzenia żądania złożenia próbek. Wprowadził bowiem także w pkt 6.2 lit. e SWZ zasadę, że próbki wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będą stanowić załączniki do umowy i nie będą podlegać zwrotowi. Zaliczenie tych próbek, jako załączników do umowy nie jest wymogiem żadnego bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Zostało to wprowadzone do SWZ decyzją zamawiającego. Decyzja ta narusza jednak wymagania ustawy pzp w zakresie zapewnienia w postępowaniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Żądane próbki mają znaczną wartość. Ich zakup lub wyprodukowanie dla celów postępowania musi wiązać się dla każdego z potencjalnych wykonawców z kosztem ok. 2.500 zł. Przy obecnym zapisie pkt 6.2 lit. e) SWZ (oraz powiązaną z nim treścią § 1 ust. 2 wzoru umowy) koszt ten obciążać będzie wykonawcę. Zamawiający bowiem nie przewidział w SWZ żadnego zwrotu kosztu w zakresie tych próbek, które będą definitywnie zatrzymane przez zamawiającego w jego dyspozycji. Zapisy te wymuszają *de facto* darowiznę tych trzech mebli przez wybranego wykonawcę na rzecz zamawiającego, bez żadnego świadczenia wzajemnego. Narusza to zasadę uczciwej

konkurencji w postępowaniu. Wykonawcy składają oferty w celu uzyskania zamówienia. To powoduje, że każdy wykonawca przystępujący do niniejszego postępowania musi brać pod uwagę ryzyko poniesienia znacznego kosztu (ok. 2.500 zł), bez szansy jego refundacji, odzyskania. Poziom tego kosztu powoduje, że ogranicza to możliwość ubiegania się o zamówienie małym i średnim wykonawcom, dla których poniesienie takiego kosztu może zaburzać ekonomiczną racjonalność ubiegania się o zamówienie. Dla podmiotów o mniejszej skali działalności taki koszt będzie znacznie bardziej odczuwalny, niż dla funkcjonujących na tym rynku dużych przedsiębiorców. Powoduje to, że zapis pkt 6.2 lit. e) SWZ wprowadza preferencję ubiegania się o zamówienie przez dużych przedsiębiorców bez żadnego uzasadnionego powodu. Zapis pkt 6.2 lit. e) SWZ (i powiązanej treści § 1 ust. 2 wzoru umowy) narusza także zasadę proporcjonalności. Zgodnie z przepisami ustawy pzp wystarczającym środkiem dla zabezpieczenia interesów zamawiającego i prawidłowego przeprowadzenia postępowania byłoby przechowanie tych próbek do 30 dni od dnia zawarcia umowy (art. 77 ust. 3 pzp). Dalej idący wymóg SWZ nie jest usprawiedliwiony żadną szczególną potrzebą związaną z realizacją zamówienia. W szczególności kompletny opis przedmiotu zamówienia zawarty jest już w SWZ (zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp). Dodatkowo oferty zawierać mają szczegółowe specyfikacje oferowanych mebli (wg wzorów formularzy – załączniki nr 5A-5P do SWZ). Mają być tam określone dane takie, jak: nazwa producenta, Kolekcja/System/Nr katalogowy/ lub inne oznaczenie, nazwa producenta płyty meblowej. Powoduje to, że informacje zawarte w SWZ i ofercie będą w sposób dostateczny precyzować przedmiot zamówienia, umożliwiając zarówno jego dostawę, jak i odbiór i weryfikację. Oznacza to, że dla okresu realizacji umowy o zamówienie publiczne próbki pozostawać będą zupełnie zbędne. Ich zatrzymanie przez zamawiającego nie jest więc uzasadnione żadnym rozsądnym powodem, w tym żadnym godnym ochrony interesem zamawiającego. Powoduje to, że zapis pkt 6.2 lit. e) SWZ stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, wyrażonej w art. 16 pkt 3 ustawy pzp. Dodatkowo zastosowanie pkt 6.2 lit. e) SWZ może powodować po stronie wykonawcy straty związane z koniecznością zapłaty podatku VAT. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług świadczenie nieodpłatne także może rodzić obowiązek podatkowy. Trwałe przekazanie próbek zamawiającemu może być uznane za dostawę towaru w rozumieniu przepisów o podatku VAT. To będzie rodzić po stronie wykonawcy obowiązek zapłaty tego podatku, bez prawa odzyskania jego wartości od zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe pkt 6.2 lit. e) powinien zostać z SWZ skreślony.

Zarzut nr 2 lit. a)

Dokonany w ramach SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest dotknięty wadami polegającymi na naruszeniu przepisów ustawy pzp, a to w szczególności art. 99 ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp, mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Podobnie

w niezgodny z przepisami ustawy pzp sformułowane są niektóre zapisy związane z żądanymi przez zamawiającego dokumentami potwierdzającymi zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego. Naruszenie dotyczy braku ustanowienia tolerancji wymiarów dla mebli i składających się na nie komponentów. Brak wprowadzenia takiej tolerancji świadczy o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu wyłącznie do producentów istniejących towarów posiadających dokładnie takie wymiary, jak podane w SWZ albo do wykonawców, którzy dysponują takimi towarami. Zgodnie z art. 99 ust. 4 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można także opisywać go przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zamawiający mają oczywiście prawo do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom np. użytkowym, funkcjonalnym i technicznym. Opis ten nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 99 ust. 4 pzp. Ma to miejsce w szczególności wtedy *„gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu”* (por. wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt KIO 1670/17). Ewentualne ograniczenia, które mogłyby zostać wprowadzone do SWZ, muszą być uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Wymogi inne, wykraczające poza uzasadnione potrzeby zamawiającego, a jednocześnie uniemożliwiające lub utrudniające możliwość złożenia oferty czy wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia danego rodzaju i skali, należy uznać za sprzeczne z art. 29 ust. 2 pzp i jako takie powinny zostać one wyeliminowane względnie zastąpione innymi wymogami, które mieszczą się w granicach określonych w tym przepisie.

Z zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, które wynikają z art. 16 pkt 1 pzp wynika konieczność kształtowania wymagań opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednocześnie zapewniający odpowiedni poziom konkurencji, nie zawężony bez obiektywnego uzasadnienia. Wiąże się z tym kształtowanie wymogów w sposób, który jest niezbędny dla osiągnięcia celu, jakim jest otrzymanie w wyniku przetargu prawidłowego i funkcjonalnego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nie mogą być uznane za zgodne z przepisami ustawy pzp wymogi ograniczające możliwość złożenia ofert obejmujących prawidłowe, zgodne z przeznaczeniem, w pełni trwałe i funkcjonalne meble, różniące się od wymagań SWZ się jedynie drobnymi wartościami wymiarów czy parametrów technicznych.

Dodatkowo, zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa: „Dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.” (por. wyrok KIO z 22.08.2017 r., sygn. akt KIO 1598/17, podobnie np. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 2006-01-25, II Ca 693/05, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2008-05-05, IX Ga 46/08, wyrok KIO z dnia 2011-10-17, KIO 2137/11, KIO 2106/11). Co więcej, w orzecznictwie podkreśla się także, że: „w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji” (m.in. wyrok KIO z 27 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24 stycznia 2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11)” (por. uchwała KIO z dnia 05.05.2016 r., KIO/KD 29/16).

Taka właśnie sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. W obecnym stanie prawnym do naruszeń art. 99 ust. 4 ustawy pzp znajduje zastosowanie dotychczasowe orzecznictwo dot. art. 29 ust. 2 i 3 poprzedniej ustawy pzp. Aktualne pozostaje także orzecznictwo dot. naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji opisanej obecnie w art. 16 pkt 1 ustawy pzp, uregulowanej w art. 7 ust. 1 poprzedniej ustawy pzp.

Zarzucającemu naruszenia albo uniemożliwiający odwołującemu konkurowanie w przedmiotowym przetargu na równych i uczciwych zasadach, albo też utrudniają to istotnie, rodząc jednocześnie poważne problemy realizacyjne w razie udzielenia zamówienia.

Zarzut nr 2 lit. b)

W dokumencie „Opis mebli – minimalne wymagania” (załącznik nr 3 do SWZ) zamawiający dla wszystkich towarów asortymentu „Szafy, regały” przedstawił wymóg, aby plecy były wykonane z płyt o grubości 12-18 mm. Takie wymiary płyt na plecach szaf i regałów są stosowane tylko przez niektórych producentów meblowych. Standardowym rozwiązaniem na rynku w tym zakresie jest stosowanie na plecach szaf i regałów płyt o grubości 8-10 mm. Wymóg określony w ww. dokumencie wskazuje na preferowanie tylko części producentów, których produkty posiadają plecy wykonane z płyt o grubości 12-18 mm. Nie ma to żadnego merytorycznego uzasadnienia i stanowi nieuprawnione ograniczenie konkurencji.

W związku z wycofaniem przez odwołującego, na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy, zarzutów nr 3 i 4 odwołania, Izba odstąpiła od przedstawienia merytorycznego uzasadnienia wskazanych zarzutów odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający (w odniesieniu do zarzutów 1 oraz 2a i 2b), wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1.

Zamawiający przewidywał w postępowaniu, zgodnie z pkt 6.2. SWZ złożenie następujących próbek – po 1 szt.: Fotel biurowy obrotowy (dowolny kolor); Kontener mobilny (dowolny wymiar); szafa gabinetowa aktowa (dowolny wymiar).

Zarzuty odwołującego w ww. zakresie skierowane są tak samo przeciwko pkt 6.2. lit. e SWZ, jak i przeciwko art. 77 ust. 2 ustawy Pzp w ogóle. W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołujący kwestionuje bowiem nie tyle postanowienie SWZ, co w ogóle prawo zamawiających – wynikające z przepisów ustawy, do zatrzymania próbek jako załączników do umowy i niezwracania ich wykonawcom, których oferty zostały wybrane. Przepis ustawy Pzp mówi wyraźnie, że: *„Zamawiający zwraca wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, na jego wniosek, złożone przez niego plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały, o ile nie stanowią one załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Zatem zastrzeżenie w SWZ, że próbki stanowią załącznik do umowy i wobec tego nie podlegają zwrotowi jest działaniem zamawiającego wprost wypełniającym dyspozycję normy art. 77 ust. 2 ustawy Pzp i stanowi wykonanie ustawowego uprawnienia do takiego ułożenia SWZ. Odwołujący podnosząc zarzuty, wskazujące, że próbki niepodlegające zwrotowi stanowią niedopuszczalną prawnie darowiznę na rzecz Zamawiającego, w istocie kwestionuje art. 77 ust. 2 ustawy Pzp jako taki, bowiem takie same argumenty mogłyby zostać podniesione zawsze, gdy z art. 77 ust. 2 ustawy Pzp skorzysta jakiś zamawiający. Problem braku zwrotu próbek składanych z ofertą, był przedmiotem opinii Urzędu Zamówień Publicznych wydanej na podstawie ustawy z 2004 r., ale której aktualność nie powinna budzić wątpliwości. W tejże opinii wskazano wprost, że próbki składane wraz z ofertą i niepodlegające zwrotowi po wyborze oferty, niezależnie od ich charakteru, przedmiotu czy wartości nie są świadczeniem na rzecz zamawiającego: *„Dla konieczności przestrzegania obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 97 ust. 1 ustawy Pzp nie ma znaczenia wartość żądanej próbki ani też okoliczność zrealizowania umowy. Dodatkowo należy stwierdzić, iż fakt przedłożenia próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien być utożsamiany ze świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego, albowiem jest to wyłącznie czynność faktyczna zmierzająca do wypełniania wymogów formalnych postępowania związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, a zamawiający nie czerpie z tego tytułu żadnych korzyści”*. Skoro w ocenie UZP złożenie próbki w postępowaniu nie może być traktowane jako świadczenie, to tym bardziej nie może być traktowane jako darowizna (będąca świadczeniem nieodpłatnym), jak błędnie wywodzi to odwołujący. Warto

także przypomnieć odwołującemu, że próbki stanowiące złącznik do umowy, a w efekcie także załącznik do protokołu mogą zostać zwrócone po upływie 4 lat od dnia zakończenia postępowania, bowiem po tym okresie wygasa obowiązek przechowywania protokołu w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Próbki nie są zatem ani darmowym świadczeniem, ani zamawiający nie nabywa ich własności, ani z próbek nie może korzystać. Nie jest także prawdą, że za próbki wykonawca, którego oferta zostanie wybrana nie otrzyma zapłaty, bowiem koszty tych próbek wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty, co stanowi normalną konsekwencję rynkowej kalkulacji oferty.

Dalej odwołujący wskazuje, że wymóg zamawiającego w pkt 6.2. lit. e SWZ (zatrzymanie próbek) narusza zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący sam w uzasadnieniu zarzutu wskazuje powody, dla których do naruszenia konkurencji w tym zakresie nie dojdzie. Skoro bowiem każdy z wykonawców liczy się z tym że jego oferta zostanie wybrana i próbki nie zostaną zwrócone, to każdy z wykonawców przygotowujących ofertę, w cenie tejże oferty zmuszony jest uwzględnić koszt złożenia takich próbek. W tym względzie brak jest naruszenia konkurencji bowiem okoliczność ta dotyczy tak samo każdego z wykonawców konkurujących o zamówienie. Co więcej, konkurencja ta niczym nie różni się od konkurencji tych wykonawców w kryterium ceny, bowiem im tańsze będą próbki (i mniejszy będzie koszt ich złożenia), tym tańsze będą oferowane meble. Wykonawcy konkurują tutaj zatem dokładnie na tych samych zasadach i tymi samymi okolicznościami co w ramach oferowanej ceny. Tym samym wymóg, o którym mowa w pkt 6.2. lit e) SWZ (zatrzymanie próbek) w żaden sposób nie daje żadnemu wykonawcy przywileju ani nie pogarsza sytuacji innego - nie może być w efekcie mowy o naruszeniu uczciwej konkurencji na rynku. Argumenty odwołujące są w tym zakresie chybione.

Odnosząc się do twierdzenia odwołującego, że koszt próbek stanowi takie obciążenie dla mniejszych wykonawców, że może ich wykluczyć z udziału w rynku, zamawiający wskazuje że twierdzenie to jest gołosłowne. Sam odwołujący ustalił wartość próbek na ok. 2500 zł. Odnosząc tę kwotę do warunku udziału w postępowaniu (9.1.4.a SWZ), w którym zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch (2) zamówień na dostawę mebli o wartości 300.000 zł każda – wartość próbek według wyceny odwołującego, stanowi nie więcej 0,83% tej wartości. W uzupełnieniu zamawiający wskazuje, że wartość wyceny próbek podana w odwołaniu (ok. 2500 zł) została przez odwołującego zawyżona. Odwołujący nie bierze bowiem pod uwagę, że wykonawcy mają możliwość prezentowania klientom różnych mebli w ramach reklamy tych produktów. Meble zakupione na tzw. ekspozycję oraz w celu promowania marki są oferowane wykonawcom w cenach dużo niższych niż ceny rynkowe. Wartość tych mebli zwykle jest obniżana o ok. 50-75%. Także producenci mebli w ramach działań promocyjnych mają możliwość nieodpłatnego przekazania dystrybutorom egzemplarzy ekspozycyjnych lub reklamowych.

W takich przypadkach wykonawcy albo nie ponoszą żadnych kosztów złożenia próbek, albo są one znikome (dowód: oświadczenia producentów oraz dystrybutorów mebli) – na okoliczność istnienia preferencyjnych zasad współpracy pomiędzy dystrybutorami oraz producentami; możliwości nabycia przez dystrybutorów mebli na potrzeby próbek w postępowaniu o cenach znacznie niższych niż ceny rynkowe; możliwości złożenia jako próbki znacznie tańszych od rynkowych cen egzemplarzy ekspozycyjnych lub reklamowych; wysokich rabatów udzielanych na próbki, egzemplarze reklamowe lub tzw. produkty ekspozycyjne; braku istotnego obciążenia ekonomicznego wykonawców kosztem złożenia próbek w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 6.2.c SWZ, próbki miały być złożone i gotowe do użycia, zatem złożenie jako próbek asortymentu ekspozycyjnego jest jak najbardziej realne i możliwe. Zamawiający ustalił także, że faktyczny koszt złożenia próbek z uwzględnieniem powyższych okoliczności nie przekroczyłby 1000 zł netto. W przypadku samodzielnej produkcji może być on nawet znacznie niższy (dowód: oświadczenie w przedmiocie wyceny kosztów złożenia próbek żądanych w postępowaniu) – na okoliczność wyceny próbek żądanych przez Zamawiającego w postępowaniu z uwzględnieniem rabatów udzielanych na tzw. próbki, egzemplarze reklamowe albo meble ekspozycyjne; zawyżenia kosztów wyceny próbek w treści odwołania; braku istotnego obciążenia ekonomicznego wykonawców kosztem złożenia próbek.

W takim przypadku porównanie wyceny próbek (1000 zł netto) do warunku udziału w postępowaniu (9.1.4.a SWZ), w którym zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch (2) zamówień na dostawę mebli o wartości 300.000 zł każda – wartość próbek, stanowi nie więcej 0,41% tej wartości.

Powyższe oznacza także, że biorąc pod uwagę, że zamawiający wymaga 550 sztuk mebli w ramach tego postępowania, wystarczy, aby wykonawca składając ofertę wprowadził w cenę każdej sztuki średnio 2,24 zł brutto, aby pokryć realny koszt próbek i to zarówno w zakresie pozycji wartych kilkaset złotych, jak kontenery, jak i pozycji wartych kilka tysięcy złotych – jak np. aneksy kuchenne.

Jak wskazano w powołanej już w wyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych - o naruszeniu konkurencyjności czy utrudnianiu wykonawcom dostępu do zamówienia poprzez żądanie złożenia próbek, można by mówić dopiero w przypadku: *„znaczej dysproporcji pomiędzy koniecznością ochrony potrzeb zamawiającego, a obciążeniem finansowym lub organizacyjnym wykonawców związanym z koniecznością poczynienia określonych nakładów, w szczególności gdy wartość świadczenia jakie wykonawca może uzyskać w związku z realizacją zamówienia nie jest znacząco wyższa niż wartość załączonego do oferty modelu”*. Taka sytuacja nie występuje w postępowaniu, bowiem jak wyzwano wyżej wartości próbek są minimalne w skali wartości całego zamówienia

i to niezależnie od tego czy koszt złożenia próbek przyjmie się w wartości podanej przez odwołującego czy ustalonej przez zamawiającego. Nie ma tu nie tylko „znaczej dysproporcji”, ale w ogóle koszt próbek wydaje się wręcz pomijalny w skali zamówienia. Odwołujący kwestionując legalność w pkt 6.2. lit. e SWZ wskazuje także na naruszenie zasady proporcjonalności. Zamawiający wskazuje w pierwszej kolejności, że wbrew twierdzeniom odwołującego nie istnieje przepis, który dawałby zamawiającemu prawo zatrzymania próbek na 30 dni i zwracania ich wybranemu wykonawcy dopiero po tym terminie. Takim przepisem nie jest art. 77 ust. 3 ustawy Pzp wskazany przez odwołującego. Jeśli próbki nie są załącznikiem do umowy i nie podlegają zatrzymaniu, każdy wykonawca, także ten którego oferta została wybrana, może złożyć wniosek o ich zwrot zaraz po wyborze oferty najkorzystniejszej. Dopiero jeśli takiego wniosku brak, w terminie 30 dni zamawiający może z własnej inicjatywy zwrócić próbki. Brak jest jednak przepisu, na który powołuje się odwołujący, a który pozwoliłby zatrzymać zamawiającemu próbki zwycięskiego wykonawcy na 30 dni, pomimo wniosku tego wykonawcy. Jeśli próbki nie stanowią załącznika umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana mógłby żądać ich zwrotu zaraz po ogłoszeniu wyników postępowania i zamawiający takie próbki musiałby niezwłocznie zwrócić. Zatem albo zamawiający zatrzymuje próbki wykonawcy, którego oferta została wybrana jako załączniki do umowy i nie dokonuje ich zwrotu, albo w razie wniosku tego wykonawcy będzie musiał je zwrócić nawet zaraz po wyborze oferty. Nawet zatem, gdyby zamawiający zatrzymał próbki na 30 dni, a wykonawcy nie żądał ich zwrotu w tym terminie, to i tak zamawiający pozbawiony byłby możliwości porównania jakości dostaw z próbkami, bowiem w chwili realizacji dostaw tymi próbkami już by nie dysponował. Zamawiający wskazuje, że wbrew zarzutom odwołania zatrzymanie próbek jako załączników do umowy jest uzasadnione szczególną potrzebą Zamawiającego i nie jest czynnością nadmiarową ani oderwaną od zapisów SWZ. Odwołujący nie dostrzega, że jednym z kryteriów jakościowych oceny ofert (pkt 17.1.) Kryterium [J] jest jakość próbek. Jakość ta badana jest w oparciu o kryteria ocenne i niewymierne, zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, których nie można utrwalić w inny sposób, jak poprzez zatrzymanie próbek i porównanie dostarczonego w ramach wykonania umowy asortymentu z próbkami ocenionymi w postępowaniu. Zgodnie z załącznikiem nr 9 badaniu podlegają próbki: Fotel biurowy obrotowy (dowolny kolor); Kontener mobilny (dowolny wymiar); szafa gabinetowa aktowa (dowolny wymiar) w oparciu o kryteria takie jak:

1) Ergonomia - dostosowanie fotela do budowy anatomicznej użytkownika, ocena możliwości regulacji i dostosowania krzesła do różnic anatomicznych pracowników.

2) Estetyka wykonania – komisja będzie oceniała dbałość o wykończenie ze zwróceniem szczególnej uwagi na sposób końcowej obróbki mebla, sprawdzi, czy nie ma on ostrych krawędzi.

3) Stabilność – komisja oceniała będzie możliwość prostej regulacji mebla i dostosowania go do nierównego podłoża. Komisja sprawdzała będzie, czy mebel jest stabilny na podłożu, czy ma stabilną konstrukcję. W przypadku fotela oceniana będzie dodatkowo stabilność połączenia podłokietników z siedziskiem oraz stabilność oparcia.

4) Trwałość i sposób wykonania kółek - komisja oceniała będzie materiał, z którego wykonane są kółka (solidność, trwałość, stabilność, twardość) oraz zachowanie się w kontakcie z różnymi podłożami; Komisja zbada czy kółka obracają się płynnie, bez zacięć i blokad. Komisja oceni czy nie ma wyciekających smarów, które mogłyby zabrudzić powierzchnie podłogi.

5) Sposób połączenia materiałów – komisja będzie oceniała jakość, trwałość i estetykę połączeń materiałów i podzespołów wykorzystanych w meblu; Ocenie poddane zostaną łączenia, spawy, ich widoczność, sposób zaślepienia.

6) Praca prowadnic/zawiasów – komisja sprawdzać będzie wytrzymałość i stabilność, lekkość działania i głośność mechanizmu; Zostanie zbadany również mechanizm cichego domyku i pełnego wysuwu prowadnic.

7) Praca zamka – komisja sprawdzi płynność pracy zamka; czy podczas zamykania zamek się nie zacina, czy pracuje prawidłowo, lekko i bezawaryjnie.

Opisy podkryteriów jakościowych podlegających ocenie w ramach oceny ofert zostały sporządzone zgodnie z wzorcowymi rekomendacjami UZP w zakresie kryteriów jakościowych w zamówieniach na dostawę mebli. W kryterium „Jakość wykonania” [J] komisja przyzna łącznie do 160 pkt, co przekłada się na aż 30% punktów przyznawanych w ramach kryteriów oceny ofert w ogóle. Wynik punktowy w ramach kryteriów jakościowych bezwzględnie będzie decydujący dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający musi mieć zatem pewność, że asortyment, który zostanie finalnie dostarczony w ramach wykonania zamówienia jest dokładnie tym asortymentem, który podlegał ocenie w ramach oceny jakościowej, jak i że posiada on dokładnie te same cechy jakościowe co badane próbki. W analizowanym przypadku, wynik oceny jakościowej można zabezpieczyć i utrwalić na potrzeby oceny jakości dostaw realizowanych w ramach umowy, tylko poprzez zapewnienie Zamawiającemu możliwości bezpośredniego porównania badanych próbek z towarem dostarczonym w ramach realizacji umowy. Nie istnieje żaden sposób, który pozwalałby utrwalić wynik oceny dokonywanej w ww. podkryteriach inaczej, niż poprzez zapewnienie zamawiającemu możliwości porównania na etapie realizacji umowy dostarczonego asortymentu z próbkami załączonymi do oferty. Nie da się opisać płynności pracy zamka czy utrwalić w sposób umożliwiający późniejsze porównanie, jak zachowują się kółka w kontakcie z różnymi podłożami. Nie da się opisać dla późniejszego porównania „dostosowania krzesła do różnic anatomicznych pracowników”, jak i nie da się utrwalić stabilności oparcia czy stabilności połączenia podłokietników itp. itd. Oceny tych parametrów

jakościowych będą dokonywane przez członków komisji przetargowej w oparciu o ich odczucia, oceny wzrokowe, oceny głośności pracy czy dotyk. Porównanie dostarczonych w ramach umowy mebli z próbką nie byłaby możliwa bez fizycznego posiadania takiego samego egzemplarza (próbki). Prawidłowa ocena porównawcza może nastąpić wyłącznie w drodze przeprowadzenia organoleptycznych prób tych samych parametrów próbki i dostarczonego mebla. W każdej innej sytuacji zamawiający nie będzie w stanie ustalić, czy towar dostarczony ma faktycznie takie same cechy jakościowe, jak ocenione na podstawie próbek. Nie będzie zatem możliwości ustalenia, czy dostarczane meble są tej samej jakości co próbki, zatem czy osiągnięty został sens badania jakości na etapie oceny ofert. O braku naruszenia zasady proporcjonalności świadczy także fakt, że zamawiający ograniczył swoje wymagania względem próbek, tak aby wymagane próbki sprowadzały się tylko do oddania tych walorów jakościowych, które faktycznie podlegają ocenie jakościowej w kryterium. Zamawiający wymaga tylko 3 typów mebli (3 sztuk próbek po 1 z każdego typu), które są dla zamawiającego reprezentatywne, pomimo szerokiego katalogu różnych typów mebli objętych przedmiotem zamówienia. W przypadku poszczególnych próbek:

- 1) Fotel biurowy obrotowy model 1 (dowolny kolor) – zamawiający nie wymaga ani konkretnej tkaniny, ani konkretnego koloru; dopuszcza się meble ekspozycyjne, już złożone,
- 2) Kontener mobilny (dowolny wymiar) – zamawiający nie wymaga, aby kontener posiadał konkretny wymiar. Dopuszcza się meble ekspozycyjne, już złożone, zamawiający wymaga modelu typowego, zgodnie ze standardami dla mebli biurowych,
- 3) Szafa gabinetowa aktowa (dowolny wymiar) – zamawiający nie wymaga konkretnego wymiaru, ani koloru. Wykonawca ma możliwość złożenia w ramach próbek szafy ekspozycyjnej w dowolnej wysokości i szerokości, dopuszcza się meble ekspozycyjne, już złożone.

Zarzut nr 2a.

Odwołujący kwestionuje postanowienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez zarzut, że w wymiarach mebli nie określono tolerancji wymiarów mebli składających się na nich komponentów. Zamawiający wskazuje, że zarzut nie został w żaden sposób skonkretyzowany, tj. ani w treści zarzutu ani w treści uzasadnienia odwołania nie wskazano, w jaki sposób ma dojść do ograniczenia konkurencji wskutek podanych w OPZ wymiarów mebli, ani nie określono które wymiary i których mebli miałyby w ocenie odwołującego stanowić o ograniczeniu konkurencji. Zamawiający wskazuje, że odwołujący podnosząc zarzut ograniczenia konkurencji musi potrafić wykazać na czym to organicznie polega. Jeśli odwołujący twierdzi, że zamawiający faworyzuje określone produkty powinien wskazać jakie produkty lub rozwiązania i w jaki sposób są faworyzowane, musi udowodnić, że konkretne produkty faktycznie zostały w sposób nieuzasadniony pominięte lub wykluczone wskutek istniejących postanowień SWZ. Co więcej, nie wiadomo także do jakich produktów –

a mówimy o zamówieniu obejmującym 550 pozycji, i jaki ich parametrów zarzut ten odwołujący kieruje. Z postawionego przez odwołującego zarzutu ani treści jego uzasadnienia nie wynikają żadne okoliczności faktyczne, które mają ten zarzut uzasadniać ani żadne okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutu. Idąc dalej, w żądaniach odwołania zmiany SWZ odwołujący oczekuje wprowadzenia tolerancji 5% wymiarów, ale nie wiadomo których wymiarów, ani jakich mebli bądź ich akcesoriów, czy części składowych. Nie wiadomo także, dlaczego akurat wprowadzenie tolerancji na poziomie 5% odwołujący uważa za zasadne i – w jego ocenie – znoszące stan naruszenia konkurencji. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, jak i czy w ogóle spowoduje to zwiększenie konkurencji na rynku, jak zmieni się w ten sposób zakres produktów, które wykonawcy będą mogli oferować w postępowaniu, ani czy w ogóle w ten sposób dojdzie do realnego rozszerzenia konkurencji. Owe 5% tolerancji pozostaje wyłącznie postulatem odwołującego, który w żaden sposób nie wynika z treści odwołania, treści zarzutu ani jego rozwinięcia. Nie wiadomo dlaczego akurat 5% tolerancji ma czynić zadość żądaniom odwołania, a nie np. 3% albo 4%?

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *„zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest z obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwi to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego, art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.*

Tymczasem odwołujący tych okoliczności faktycznych nie wskazuje. Wskazuje, że postanowienia SWZ zmierzają do *„preferencji produktów producentów towarów o parametrach identycznych, jak określone w SWZ i nie dopuszczeniu towarów innych producentów występujących na rynku”* – nie wiadomo jednak jakie parametry opisane w SWZ mają o takiej preferencji przesądzać, ani parametry których mebli, ani jakie produkty czy rozwiązania – w ocenie odwołującego – zapisami SWZ wykluczono z udziału w rynku. Tak samo nie wiadomo, jakie i czy w ogóle jakieś produkty lub rozwiązania zostałyby dopuszczone do udziału w zamówieniu, gdyby tolerancję żadaną przez odwołującego zamawiający ustalił. Przytaczanie konkretnych stanów faktycznych, tj. mebli czy wymiarów, które w ocenie odwołującego miałyby naruszać konkurencję dopiero na rozprawie,

stanowiłoby rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu, co przeczyłoby zasadzie związania Izby treścią odwołania. W treści odwołania, odwołujący przytacza orzecznictwo mówiące, że wystarczającym dla skuteczności stawianego przez niego zarzutu miałyby być uprawdopodobnienie, że do naruszenia konkurencji doszło. Tyle tylko, że takiego uprawdopodobnienia naruszenia konkurencji odwołujący w odwołaniu nie wykazał. Odwołujący podnosi samo tylko twierdzenie – i to nieskonkretyzowane, że do takiego naruszenia konkurencji doszło, nie wiadomo jednak jak, dlaczego, w jakich produktach, ani dlaczego ustalenie tolerancji 5% wymiarów miałyby stan naruszenia konkurencji znosić. Czym innym jest twierdzenie – i to nieskonkretyzowane, wyrażone w odwołaniu przez odwołującego, że w jego subiektywnym przekonaniu zapisy SWZ naruszają konkurencję w bliżej nieokreślony sposób, a czym innym jest uprawdopodobnienie tej okoliczności, czemu wykonawca nie zakreślając podstawy faktycznej zarzutu nie podołał. Zamawiający, nie wiedząc do jakich wymiarów, których mebli odwołujący kieruje zarzut, nie ma możliwości wykazywania w przypadku każdego mebla dlaczego określono taki a nie inny wymiar. Zamawiający musiałby w przypadku każdego mebla wyjaśnić gdzie ma być on postawiony albo zamontowany, jakie jest jego otoczenie, wymiary pomieszczenia, czy inne meble z którymi ma być zestawiony. Przy takiej ilości typów i sztuk mebli jest to niemożliwe ani na rozprawie ani w niniejszym piśmie. Odwołujący stara się swoim twierdzeniem o naruszeniu konkurencji przez – uwaga – każdy wymiar każdego mebla, przenieść na zamawiającego ciężar twierdzenia i dowodu przeciwnego. Gdyby odwołujący wskazał konkretne wymiary, określonych mebli z OPZ, albo chociaż przykłady tych mebli i wymiarów, które obejmuje treścią zarzutu, zamawiający mógłby wykazać gdzie mebel ma być umiejscowiony, jakie jest pomieszczenie i jego istniejące wyposażenie i dlaczego określono takie wymiary a nie inne. Skutek ten wynika z nienależytego sformowania zarzutu i jego uzasadnienia – co jednak wobec zasady związania Izby treścią zarzutów, stanowi okoliczność przesądzającą o konieczności jego oddalenia. Oczekiwanie odwołującego, aby każdy parametr mógł być różny w zakresie aż 5%, pozostaje nie tylko nieuzasadnione w treści odwołania, ale także niedopuszczalne w swoich skutkach. Gdyby próbować zastosować proponowaną przez odwołującego tolerancję do jakichkolwiek przykładowych mebli objętych postępowaniem prowadziłoby to całkowitego wypaczenia sensu określania ich wymiarów. W efekcie zamawiający mógłby otrzymać meble, które w ogóle nie odpowiadałyby jego potrzebom albo nawet mogłyby nie zmieścić się typowych pomieszczeniach. Chociażby w załączniku nr 4 zamawiający opisał 3 przykładowe meble:

- 1) DZ-T006996 Regał otwarty z 5 półkami – wys. 2,38 metra
- 2) DZ-T007115 Szafa ubraniowa – wys. 2,19 metra
- 3) DZ-T006645 Aneks kuchenny – szer.: 3,20 metra

Gdyby do tych wymiarów zastosować proponowaną przez wykonawcę tolerancję 5% okazałoby się, że:

- 1) DZ-T006996 Regał otwarty 5 półkami – mógłby mieć wysokość od 1,917 m do aż 2,1 m (rozrzut aż 26 centymetrów wysokości);
- 2) DZ-T007115 Szafa ubraniowa – wys. 2,19 metra – mogłaby mieć wysokość od 2,08 m aż do 2,30 m (rozrzut aż 22 centymetrów);
- 3) DZ- T006645 Aneks kuchenny – mógłby mieć szerokość od 3,04 m do aż 3,36 metra (rozrzut aż 32 centymetry szerokości)

Sam Aneks byłby szerszy aż o ponad 30 cm i mógłby nie zmieścić się przy ścianie, na której ma być ustawiony. Poszczególne meble mogłyby tak bardzo dobiegać od siebie, że nie byłoby możliwe ich zestawianie w tym samym pomieszczeniu.

Powyższe porównanie dotyczy tylko 3 przykładowych, dowolnie wybranych pozycji i ich przykładowych wymiarów z ponad 550 sztuk mebli objętych postępowaniem. Idąc dalej, odwołujący żąda ustalenia: „dla każdego produktu oraz składających się na nie komponentów tolerancji wymiarów nie mniejszej niż +/- 5%”, czyli żądanie odwołującego dotyczy nie tylko wymiarów podstawowych jak wysokość, szerokość i głębokość – ale także np. szerokości siedzisk lub oparc, grubości pianek w siedziskach, wysokości nóg, grubości blatów czy nawet – uwaga – wymiaru fi nóżek okrągłych. Różnice wynoszące po kilkadziesiąt centymetrów na najprostszymi wymiarach każdego mebla potwierdzają, że oczekiwanie odwołującego wprowadzenia aż 5% tolerancji jest w praktyce nierealne do zastosowania. Dodatkowo zakres żądania procesowego odwołującego jest tak ogólny, że nawet gdy zamawiający miał zamiar go uwzględnić, to w praktyce nie byłby w stanie tego wykonywać. Trudno powyższe ocenić inaczej, jak dążenie odwołującego do takiego ukształtowania zapisów OPZ, że w zasadzie odwołujący mógłby zaoferować zamawiającemu mebel o dowolnych wymiarach i parametrach, jaki akurat odwołujący posiada w magazynie.

Odnosząc się do parametrów wysokości szaf i regałów biurowych – zostały one określone w załącznikach 5A do 5P za pomocą symbolu OH – międzynarodowego standardu określającego odległość między półkami wynoszący 327-390 mm (swobodne pomieszczenie typowego biurowego segregatora). Ilość OH oznacza ilość standardowych poziomów, na których mogą być położone segregatory, co jest podstawową determinantą wysokości mebla. Należy mieć na względzie, że taki sposób określania wysokości mebli biurowych, tj. poprzez wskazanie ilości OH, czyli ilości standardowych poziomów, z których każdy posiada typową uśrednioną wysokość, na której mieści się segregator biurowy, jest praktyką powszechnie stosowaną przez wykonawców. Wymagania zamawiającego mieszczą się tym samym w typowych wymiarach i metodach określania wysokości mebli biurowych występujących na rynku. Konsekwencją zastosowania do opisu wysokości szaf i regałów standardu OH oznacza, że całkowita wysokość szafy i regałów zawsze uzależniona jest od

ilości poziomów OH oraz innych elementów wykończeniowych stosowanych przez producentów mebli (zastosowanych nóżek, grubości płyty meblowej między półkami, grubości wieńców górnych i dolnych). Podane przez zamawiającego wysokości w meblach opisanych przez standard OH należy traktować jako przykładowe, wykonane na potrzeby wizualizacji. Wymiary te są wielkościami przeliczonymi przykładowo przez zamawiającego z uwzględnieniem wysokości OH, grubości wieńców dolnych i górnych, grubości płyty meblowej oraz wysokości nóżek. Dla zamawiającego istotne jest wyłącznie, aby wysokość mebla odpowiadała standardowi OH i wynosiła określoną w OPZ ilość poziomów OH – co wynika z określenia wymagań jako minimalnych. Na rynku istnieje wiele mebli różnych producentów, które uznać można za zgodne z wyżej przedstawionym opisem mebla w standardzie 5 OH (dowód: wyciągi z przykładowych katalogów producentów mebli biurowych, oświadczenie dystrybutora mebli biurowych co do standardowych wymiarów, oświadczenia dystrybutorów i producentów standardowych mebli o możliwości dostosowywania wymiarów mebli standardowych, kopie umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) – na okoliczność braku ograniczenia konkurencji; określania na rynku wysokości mebli biurowych poprzez standard OH, wyjaśnienia czym jest standard OH, przeciętności wymagań i opisu wysokości mebli przez zamawiającego poprzez standard OH, zgodności wymagań zamawiającego z typowymi meblami dostępnymi na rynku; możliwości zaoferowania różnych mebli różnych producentów.

Z kolei parametr głębokości szaf i regałów biurowych jest wystandaryzowany i ich wymiar w przybliżeniu wynosi 42 cm dla szaf z półkami na segregatory. Większość szaf (różnych producentów) kupowane w ostatnich latach przez zamawiającego posiadają wymiar zgodny z powyższymi (dowód: wyciągi z przykładowych katalogów producentów mebli biurowych, oświadczenie dystrybutora mebli biurowych co do standardowych wymiarów, oświadczenia dystrybutorów i producentów standardowych mebli o możliwości dostosowywania wymiarów mebli standardowych, kopie umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) – na okoliczności braku ograniczenia konkurencji, typowości opisu przedmiotu zamówienia; na okoliczności standardowych wymagań Zamawiającego, na okoliczność posiadanego standardowego wyposażenia meblowego.

Wymiary dot. szerokości szaf i regałów są wystandaryzowane – wynoszą od 80 - 100 – 120 cm. Wymagania zamawiającego nie odbiegają od typowych wymiarów producentów mebli. Szerokości szaf i regałów nie mogą podlegać żadnym tolerancjom ze względu na konieczność dopasowania tych mebli do gabarytów pomieszczeń (dowód: wyciągi z przykładowych katalogów producentów mebli biurowych, oświadczenie dystrybutora mebli biurowych co do standardowych wymiarów, oświadczenia dystrybutorów i producentów standardowych mebli o możliwości dostosowywania wymiarów mebli standardowych, kopie

umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) – na okoliczności braku ograniczenia konkurencji, typowości opisu przedmiotu zamówienia; zgodności wymagań zamawiającego z typowymi meblami dostępnymi na rynku, możliwości zaoferowania różnych mebli różnych producentów.

Wymagane wymiary biurek i stolików są ustalane z użytkownikami pomieszczeń i dostosowane do gabarytów przestrzennych. Wprowadzenie jakiegokolwiek tolerancji może doprowadzić do braku możliwości ustawienia ich w wyznaczonym dla tych mebli miejscach. Wymagana konstrukcja biurek jest już od lat stosowana u zamawiającego. Jest to najprostsze i jednocześnie stabilne rozwiązanie techniczne, mogące być wykonane przez wielu producentów branży meblowej. Zamawiający musi mieć zapewnioną możliwość zestawiania (łączenia) biurek nowych i istniejących – np. parami po przeciwnych stronach, albo w innych układach. Takie rozwiązanie pracy biurowej jest typowe i nie wynika ze szczególnych preferencji zamawiającego (dowód: kopie umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) – na okoliczność posiadanego wyposażenia meblowego, konieczności zapewnienia spójności i tożsamości wyposażenia; możliwości realizacji zamówienia o takich parametrach przez różnych wykonawców; braku naruszenie konkurencyjności.

W przypadku siedzisk o wymaganym kształcie i wymiarach znajdują się już w pomieszczeniach zamawiającego. Za zamówieniem takich samych wzorów przemawiają zatem chociażby względy estetyczne i funkcjonalne. Wymagania takiego stylu, kształtu i w takich wymiarach jest podyktowane skrupulatnie przeanalizowanymi potrzebami zamawiającego, których efektem jest ujednoczenie i stosowana od lat unifikacja sprzętu i wyposażenia meblowego. Prawem Zamawiającego jest wymaganie dokładnie takich parametrów, które wynikają z warunków eksploatacji istniejących w siedzibie zamawiającego (dowód: kopie umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) – na okoliczność posiadanego wyposażenia meblowego, konieczności zapewnienia spójności i tożsamości wyposażenia; możliwości realizacji zamówienia o takich parametrach przez różnych wykonawców, braku naruszenie konkurencyjności.

Reasumując argumenty opisane powyżej, standaryzacja wyposażenia i unifikacja, polegająca na dokonywaniu kolejnych zakupów w takim samym stylu i w takiej samej jakości pozwala zamawiającemu na dokonywania roszad, przemeblowań, przesunięć między pomieszczeniami i uzupełnianie brakujących w różnych pokojach mebli według jego potrzeb. Zunifikowane znane w swej konstrukcji i złożoności meble są łatwe w eksploatacji, renowacji i konserwacji. W przypadku awarii pogwarancyjnej wewnętrzna pracownicza grupa konserwująca i naprawiająca meble wykorzystuje podzespoły i inne elementy konstrukcyjne zepsutych szaf, regałów, krzeseł czy foteli, dzięki którym kolejna awaria usuwana jest we własnym zakresie bez dodatkowych kosztów dla zamawiającego.

Zarzut nr 2b.

Zamawiający wyjaśnia, że w zakresie parametrów opisanych w SWZ mieszczą się trzy grubości typowych płyt meblowych tj. 12 mm, 16mm oraz 18mm. Dodatkowo zamawiający, określając załącznik nr 3 mianem „minimalnych wymagań” dopuszcza również plecy z płyty o grubości 22mm, 25mm oraz 28mm, które także występują powszechnie na rynku. Nie jest prawdą, jak twierdzi odwołujący, że plecy wykonane z płyt o grubości 12 – 18 należą do rzadkości – takie rozwiązania oferuje liczne grono wykonawców (dowód: wyciągi z przykładowych katalogów producentów mebli biurowych, oświadczenie dystrybutora mebli biurowych co do standardowych wymiarów płyt meblowych stosowanych jako plecy szaf/regalów) – na okoliczności braku ograniczenia konkurencji, typowości opisu przedmiotu zamówienia; zgodności wymagań zamawiającego z typowymi meblami dostępnymi na rynku; możliwości zaoferowania różnych mebli różnych producentów.

Z powyższego wynika, że żądanie odwołującego, aby żądać płyt o grubości 8 – 10 mm jako wymagania bezwzględnego prowadzi do realnego zawężenia dostępnych rozwiązań i dopiero takie wymogi mogłyby realnie godzić w konkurencję i nadmiernie ograniczać możliwe do zaoferowania rozwiązania. Z 6 dostępnych wariantów płyt, z których mogą być wykonane plecy szaf i regalów zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odwołujący żąda ograniczenia dostępnych wariantów do 2, tj. płyt 8 mm lub 10 mm. W sytuacji pandemicznej, w sytuacji, gdy na rynku powszechne stają się utrudnienia z dostępem do materiałów montażowych i podzespołów, wymaganie płyty zasugerowanej przez odwołującego tj. o grubości w zakresie 8-10mm byłoby nie tylko znacznym zawężeniem możliwych do zaoferowania produktów (oraz zawężeniem kręgu wykonawców), jak również ogromnym utrudnieniem, mogącym nawet zagrozić realizacji całego zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu do zarzutu powołuje rzekome standardy w rozwiązaniach w tym zakresie wymieniając płyty o grubości 8-10mm. Tymczasem sam odwołujący na swojej stronie internetowej w zakładce „Płyty laminowane” przedstawia w swojej standardowej ofercie płyty laminowane o grubości 10,16,18,22,25,28mm. Zatem z 6 tam wymienionych grubości płyt, aż 5 mieści się w wymaganiach zamawiającego (dowód: kopia oferty ze strony internetowej odwołującego) – na okoliczności braku ograniczenia konkurencji, typowości opisu przedmiotu zamówienia; zgodności wymagań zamawiającego z typowymi meblami dostępnymi na rynku; możliwości zaoferowania różnych mebli różnych producentów.

Trudno zatem odczytać intencję odwołującego inaczej, jak tylko zamiar takiego dostosowania wymagań OPZ do potrzeb odwołującego, aby mógł on zaoferować dowolny towar, który akurat zalega na jego magazynie.

Odnosząc się do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w określeniu wymagań minimalnych, wskazać należy, że zamawiający, przygotowując opis przedmiotu zamówienia bazował na meblach już wcześniej kupowanych o sprawdzonych empirycznie parametrach

konstrukcji. Wszystkie meble nabyte w ciągu ostatnich lat posiadają plecy o standardowej grubości płyty tj. 18 mm. Meble są bezpieczne w użytkowaniu, stabilne i trwałe, jak i powszechnie były oferowane na rynku (dowód: kopie umów wraz z opisem przedmiotu zamówienia na dostarczenie mebli w latach 2017 oraz 2020 r.) - na okoliczność posiadanego wyposażenia meblowego, możliwości realizacji zamówienia o takich parametrach przez różnych wykonawców; braku naruszenia konkurencyjności, uzasadnienia obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Wcześniej dokonywane przez zamawiającego zakupy wskazują, że to właśnie płyta o grubości 18 mm jest najbardziej powszechną i dostępną na rynku płytą, która z pewnością może posłużyć do produkcji mebli w każdej fabryce – a jak wskazano wyżej w pkt 5.1.4. dostępna jest także w standardowej ofercie odwołującego. Skoro patrząc tylko na samą ofertę odwołującego, zamawiający dopuszcza w opisie przedmiotu zamówienia większość rozwiązań (grubości płyt), które odwołujący oferuje na rynku trudno mówić w tym zakresie o naruszeniu konkurencji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z wycofaniem, na posiedzeniu, zarzutów odwołania opisanych pod nr 3 i 4 odwołania, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów opisanych pod nr 3 i 4 odwołania, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody złożone przez zamawiającego wskazując, iż potwierdzają one okoliczności, na które zostały powołane.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, uznając ją za własną.

Zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Przepis art. 534 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a zgodnie z przepisem art. 535 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego w zakresie potwierdzenia okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne odnośnie zarzutów postawionych w odwołaniu.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący poza pisemnym uzasadnieniem w odwołaniu oraz uzupełnionym na rozprawie ustnym stanowiskiem w sprawie, nie powołał żadnego dowodu, który mógłby potwierdzać zasadność stawianych zarzutów. A to na odwołującym, który wywodzi określone skutki prawne spoczywa obowiązek powołania się na wskazane przez siebie dowody, które powinny bezwzględnie potwierdzać zasadność podniesionych zarzutów. Brak przeprowadzenia odpowiedniego postępowania dowodowego musi prowadzić do stwierdzenia, że zarzuty odwołania nie zostały w sposób dostateczny wykazane, a co za tym idzie, w konsekwencji statuowało prawo do stwierdzenia o bezzasadności odwołania. Podkreślić również należy, że podnoszone przez odwołującego zarzuty w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji nie znajdują swojego uzasadnienia, albowiem sam odwołujący wskazuje, cyt. „(...) *utrudniają to istotnie, rodząc jednocześnie poważne problemy realizacyjne w razie udzielenia zamówienia*”. Utrudnienia realizacyjne nie stanowią podstawy do stwierdzenia niezachowania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, gdyż odwołujący, jak sam wskazał może zrealizować przedmiotowe zamówienie, jednakże musi dołożyć „*większych*” starań, w celu jego zrealizowania, co nie wyklucza go z udziału w tym postępowaniu.

Podważanie i kwestionowanie bogatego materiału dowodowego powołanego przez zamawiającego nie stanowi jeszcze o prawidłowości stawianych zarzutów.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów odwołania, stwierdzić należało, co następuje.

Zarzut nr 1. Odwołujący kwestionuje postanowienia SWZ w zakresie zatrzymania próbek przez zamawiającego, po przeprowadzonym postępowaniu, które mają być (zgodnie z SWZ) załącznikiem do umowy, żądając nakazania zamawiającemu dokonania zapłaty za przekazane próbki.

Zgodnie z art. 77 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, na jego wniosek, złożone przez niego plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały, o ile nie stanowią one załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 73 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi natomiast, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania.

Skoro zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi załącznik do protokołu postępowania, a zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał, że przedłożone przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, próbki stanowią załącznik do umowy, to oczywistym i zgodnym z prawem jest czynność zamawiającego, który przedstawia takie żądanie. Izba nie widzi bowiem przeszkód, aby wykonawca składający w postępowaniu swoją ofertę, przewidział koszt przekazanych próbek z cenie oferty, tym bardziej, że próbkami są zaledwie trzy (3) meble z zamawianych ok. 550 sztuk. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma również mowy o standardowym ryzyku związanym z prowadzoną działalnością gospodarczą, gdyż w przypadku wygrania postępowania i wliczenia wartości próbek w cenę oferty, wykonawca *de facto* otrzyma za nie wynagrodzenie, a w przypadku nie wygrania postępowania, próbki mogą mu być zwrócone. Izba nie widzi zatem w działaniach zamawiającego naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego. Dlatego też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut nr 2a. Odwołujący kwestionuje postanowienia SWZ, które w Jego ocenie naruszają zasadę uczciwej konkurencji, przez brak podania przez zamawiającego tolerancji w wymiarach zamawianych produktów, żądając w zakresie wszystkich towarów wprowadzenia tolerancji nie mniejszej niż +/- 5% w stosunku do wartości wskazanych w SWZ.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest podstaw do uznania takiego zarzutu i związanego z nim żądania za zasadne, gdyż powszechnie wiadomym jest, że producenci mebli (którym jest również odwołujący) w swoim portfolio posiadają asortyment, którym reklamują się w dostępnych dla siebie mediach, a który to asortyment, a w szczególności jego wymiary są podawane jako wzorcowe. Jak wynika z dowodów złożonych przez zamawiającego, większość, jak nie każdy z liczących się producentów, jest w stanie dostosować zamówienie do wymagań danego kontraktu (umowy). Czynność taka wynika bowiem z dostosowania maszyn i urządzeń wycinających materiał, z którego ma być wykonany produkt finalny. Nadto wskazać należy, iż określone przez zamawiającego parametry zamawianych towarów, uzasadniają bieżące potrzeby zamawiającego

warunkowane bieżącymi zasobami lokalowymi. Dlatego też trudno jest wymagać, aby przedmiot oferty nie mógł być wykorzystany przez zamawiającego w celach przez niego zakładanych, a jedynie został dostosowany do możliwych zasobów produkcyjnych odwołującego. Dlatego też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut nr 2b. Odwołujący kwestionuje wymóg zamawiającego postawiony w SWZ dotyczący wymogu, aby plecy mebli były wykonane z płyt o grubości 12-18 mm, żądając dopuszczenia przez zamawiającego towarów z plecami wykonanymi z płyt o grubości 8-10 mm.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż jak to wynika z dowodów przedłożonych przez zamawiającego, sam odwołujący posiada w swoich zasobach (o czym informuje na swojej stronie internetowej) płyty o wymaganych przez zamawiającego grubościach. Okoliczność, iż być może odwołujący ma większe doświadczenie w innych grubościach płyt, nie może przesądzać o zasadności stawianego zarzutu. Zamawiający, w ramach postępowania dowodowego wykazał, że na rynku są inni producenci mebli, którzy oferują płyty o grubościach wymaganych przez zamawiającego. Izba nie stwierdziła również i w tym przypadku, że zamawiający ograniczył konkurencję w postępowaniu, stawiając określone wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia. Dlatego też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: