

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Koettermann Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 8, 01748 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa** przy udziale wykonawcy **DCD Lab Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Stęszewie, ul. Mosińska 9, 62060 Stęszew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Koettermann Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 8, 01748 Warszawa**

i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Koettermann Sp.**

**z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 8, 01748 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa** wszczął postępowanie na dostawę w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa, montaż i ustawienie mebli laboratoryjnych w budynku Wydziału Farmaceutycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3.08.2018 r. pod nrem 2018/S 148338185.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 23.10.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **DCD Lab Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Stęszewie, ul. Mosińska 9, 62060 Stęszew** [dalej wykonawca D].

Wykonawca **Koettermann sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 8, 01748 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 2.11.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D, pomimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim wykonawca D:

a) nie potwierdził zgodności z SIWZ, gdyż wykonawca D przedstawił certyfikat zgodności nr 0634/2018 dla innych niż oferowane stoły laboratoryjne,

b) zaferował przedmiot zamówienia niespełniający wymagań określonych w poz. 56, poz. 106 i 107, 136 oraz 166a zał. 2 do SIWZ (Formularz wymaganych warunków technicznych i technologicznych);

2) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy D do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez oferowane produkty;

3) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku art. 66 Kc w związku z art. 14 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów z uwagi na niewskazanie jednoznacznie co jest przedmiotem oferty w zakresie pkt 128, 148, 163, 164 zał. nr 2 do SIWZ (Formularza wymaganych warunków technicznych i technologicznych);

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia

z postępowania wykonawcy D, pomimo że wykonawca D w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i wprowadzające zamawiającego w błąd co do faktu, że:

a) certyfikat zgodności nr 0634/2018 dotyczy oferowanych mebli i że spełniają one wymagania SIWZ,

b) liczby kaset znajdujących się po obu stronach okna dygestorium,

c) liczby mediów w jednej kasie – pkt 129 zał. nr 2 do SIWZ;

5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy D niezgodnie z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem ww. przepisów prawa).

W piśmie z 14.11.2018 r. odwołujący przed otwarciem rozprawy wycofał zarzuty w zakresie:

1) pkt 3 zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 9 Pzp;

2) pkt 1 lit. b zarzutów odwołania w części zarzutu dotyczącej poz. 136 zał. nr 2 do SIWZ, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zakresie, w którym zarzut dotyczy poz. 136 zał. nr 2 do SIWZ;

3) pkt 4 lit. b i c zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz 15.11.2018 r. na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący cofnął zarzut w zakresie:

4) pkt 1 lit. b zarzutów odwołania dotyczący poz. 166a zał. nr 2 do SIWZ.

Ze względu na wycofanie do czasu zamknięcia posiedzenia części zarzutów przez odwołującego Izba rozpoznała

odwołanie w zakresie naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D, pomimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim wykonawca D:
    - a) nie potwierdził zgodności z SIWZ, gdyż wykonawca D przedstawił certyfikat zgodności nr 0634/2018 dla innych niż oferowane stoły laboratoryjne,
    - b) zaoferował przedmiot zamówienia niespełniający wymagań określonych w poz. 56, poz. 106 i 107 [poz. 136 i 166a cofniętej] zał. nr 2 do SIWZ (Formularz wymaganych warunków technicznych i technologicznych);
  - 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy D do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez oferowane produkty;
  - 3) [cofnięty];
  - 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy D, pomimo że wykonawca D w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i wprowadzające zamawiającego w błąd co do faktu, że:
    - a) certyfikat zgodności nr 0634/2018 dotyczy oferowanych mebli i że spełniają one wymagania SIWZ,
    - b) [cofnięta],
    - c) [cofnięta];
  - 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy D niezgodnie z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem ww. przepisów prawa).
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy D jako najkorzystniejszej;
  - 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
  - 3) wykluczenia wykonawcy D na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
  - 4) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- ewentualnie
- 5) wezwania wykonawcy D do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego.

Argumentacja odwołującego

I. Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa, montaż i ustawienie mebli laboratoryjnych w budynku Wydziału Farmaceutycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego«.

1. Zgodnie z rozdz. IX ust. 3 pkt 3 lit b SIWZ zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Zaświadczenie ma potwierdzać, że stoły laboratoryjne spełniają wymagania normy PN-EN 13150. Wykonawca D na str. 110 swojej oferty przedstawił certyfikat zgodności nr 0634/2018. Z certyfikatu tego wynika, że certyfikat:

- a) dotyczy mebli laboratoryjnych serii Carbon,
- b) dotyczy mebli produkowanych przez wykonawcę D,
- c) dotyczy wyłącznie egzemplarzy wyrobu posiadającego identyczne właściwości (parametry) jak przedstawiony do badań wzór,
- d) został wydany na podstawie sprawozdania z badań z 353/2009 (S.D.) z 7.04.2009 r.,
- e) jest kontynuacją certyfikatu nr 0449/2015.

2. U zamawiającego zrodziły się wątpliwości wynikające z rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią certyfikatu, co do tego czy przedstawiony certyfikat dotyczy oferowanych mebli i pismem z 15.10.2018 r. wezwał wykonawcę D do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca D pismem z 16.10.2018 r. wyjaśnił, że »do serii mebli Carbon są przypisane również modele mebli Premium ST«. Wykonawca D nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że certyfikat dotyczy wyrobów oferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca D nie przedstawił w szczególności sprawozdania z badań z 353/2009 (S.D.) z 7.04.2009 r. potwierdzającego jakich mebli, o jakich parametrach i właściwościach dotyczy certyfikat dołączony do oferty.

Ma to istotne znaczenie, zwłaszcza biorąc pod uwagę wzmiankę zamieszczoną w certyfikacie: »dotyczy wyłącznie egzemplarzy wyrobu posiadającego identyczne właściwości (parametry) jak przedstawiony do badań wzór«. Złożone zatem wyjaśnienia wykonawcy D w żaden sposób nie rozwiewają wątpliwości związanych z faktem posiadania przez oferowane meble certyfikatów zgodności z normą wymaganą przez zamawiającego.

3. Analiza innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych (m.in. postępowania prowadzonego przez zamawiającego KUL na »Dostawę wraz z montażem wyposażenia budynku Inżynierii Środowiska w ramach projektu pn. »Baza dydaktyczna i badawcza niezbędna do powstania i rozwoju kierunku Inżynieria Środowiska na Wydziale Zamiejscowym Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli« oraz postępowania prowadzonego przez Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny na »Dostawę mebli laboratoryjnych i dygestoriów dla ZUT w Szczecinie w ramach projektu pt. »Budowa centrum dydaktyczno-badawczego nanotechnologii« etc.« tylko te wątpliwości pogłębia. W toku innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych dotyczących zupełnie innego rodzaju mebli (OPZ różnił się w sposób znaczący od istniejącego w rozpoznawanym postępowaniu w zakresie wpływającym na ocenę zgodności z normą PN-EN 13150:2004) składany był certyfikat nr 0449/2015 (lub jego poprzednik), z którego to certyfikatu wynikały następujące okoliczności, certyfikat:

- a) dotyczy mebli laboratoryjnych serii Carbon,
- b) dotyczy mebli produkowanych przez producenta DCD Habitat sp. z o.o.,
- c) dotyczy wyłącznie egzemplarzy wyrobu posiadającego identyczne właściwości (parametry) jak przedstawiony do badań wzór,
- d) został wydany na podstawie sprawozdania z badań z 353/2009 (S.D.) z 7.04.2009 r.

4. Porównując zatem treść obu certyfikatów, ofert składanych wraz z nimi oraz wymagań w poszczególnych postępowaniach należy skonstatować, że:

- a) oba certyfikaty zostały wydane na podstawie tych samych badań z 2009 r.,

- b) oboje certyfikaty składane są na potwierdzenie spełniania wymagań przez różne rodzaje mebli – a różnica w konstrukcji mebli wpływa w sposób znaczący na ocenę zgodności z normą PN-EN 13150:2004,
- c) istnieje ryzyko, że wykonawca D wprowadza zamawiającego w błąd co do tego, że oferowane stoły laboratoryjne spełniają wymagania normy PN-EN 13150:2004.

5. Biorąc pod uwagę, że zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że oferowane wyroby spełniają wymagania normy PN-EN 13150:2004,

a z dołączonego do oferty certyfikatu to nie wynika, a także fakt, że zamawiający wzywał już wykonawcę D do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, to zdaniem odwołującego, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy D na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. Zgodnie z rozdz. IX ust. 3 pkt 3 lit. a SIWZ zamawiający w odniesieniu do mebli laboratoryjnych metalowych wymagał złożenia: »katalogu producenta lub innego dokumentu prezentującego oferowany system meblowy, zawierający rysunki lub fotografie, potwierdzające zgodność parametrów technicznych i technologicznych oferowanych produktów z wymaganiami określonymi w „Formularzu wymaganych warunków technicznych i technologicznych”«. Załączone przez wykonawcę D rysunki i zdjęcia potwierdzają, że wyroby będące przedmiotem oferty wykonawcy D nie spełniają poniższych wymagań określonych przez zamawiającego.

1. Zgodnie z poz. 56 ww. formularza »boki szafek wykonane w taki sposób, aby cała wewnętrzna płaszczyzna boku szafki była płaska, łącznie z miejscem montażu zawiasów drzwiczek« – zdjęcie oferowanej szafki na str. 19 dokumentacji dowodzi, że parametr ten nie jest spełniony, gdyż widać na zdjęciu, że ściana boczna jest pogrubiona jedynie w miejscu montażu zawiasu i cała wewnętrzna płaszczyzna boku szafki nie jest płaska – miejsce montażu zawiasu wystaje z tej płaszczyzny.

2. Zgodnie z poz. 106 ww. formularza »kolumny przystawek połączone ze sobą półkami szklanymi w metalowej ramie z dnem (wykonanej z tego samego materiału co kolumny i panele w kolumnach) – szkło bezpieczne podparte na całym obwodzie półki« i poz. 107 »półki przystawek muszą być podwójne – metalowa rama półki musi mieć formę kuwety, o wysokości 30 +/- 3 mm, zamkniętej od góry szkłem półki, szkło półki nie może wystawać poza krawędź ramy« – na rysunkach w dokumentacji (str. 41-48 uzupełnionych dokumentów,

a w szczególności stoły i stoły wyspowe z półkami na przystawkach oferowane do pomieszczeń: 201, 2.10, 3.05, 3.10, 3.11A, 1.05, 1.08, 1.13, 1.14, 1.17, 1.18, 1.19, 1.20) wszystkie półki są tylko ze szkła, nie mają metalowego dna, metalowa rama nie ma formy kuwety. Powyższa niezgodność z wymaganiami zamawiającego ma kluczowe znaczenia dla bezpieczeństwa użytkowania mebli (możliwość rozsypania się szkła ze zbitej półki, upadek na blat odczynników z pękniętej szklanej półki), parametrów użytkowych (brak możliwości przykręcania dodatkowych elementów, np. lamp do spodu półki), ceny (samo szkło w ramce bez dna, ze względu na ilość zużytego materiału i mniej skomplikowane wykonanie znacznie tańszym rozwiązaniem niż wymagane przez zamawiającego i oferowane przez odwołującego). Zgodnie z charakterem żądanych dokumentów (jakie nadał im zamawiający) rysunki nie miały charakteru jedynie poglądowego, a miały potwierdzać zgodność parametrów technicznych i technologicznych. Zamawiający dopuścił różnice jedynie w zakresie »wymiarów mebli». Ze złożonych przez wykonawcę D dokumentów wynika, że wykonawca D świadomy był w jakim celu zamawiający żąda rysunków.

Wykonawca D przedstawił rysunki konkretnych mebli opisanych w formularzu asortymentowocenowym (zał. 3 do SIWZ), dokładnie określając, których mebli każdy z rysunków dotyczy (pomieszczenie i wymiar mebla) i zachowując przy tym dbałość o ich zgodność z wymaganiami SIWZ (np. poprawki i ręczne dopiski). Innymi słowy przedstawione przez wykonawcę D rysunki potwierdzają, że oferowane meble nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, że powyższe dokumenty podlegają uzupełnieniu to wskazane przez odwołującego inne uchybienia w treści oferty wykonawcy D powodują, że brak jest podstaw do uzupełniania dokumentów.

IV. Wykonawca D podał w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co do tego, że przedstawiony certyfikat zgodności z normą PN-EN 13150 dotyczy oferowanych mebli.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca D jest producentem oferowanych mebli i posiada pełną wiedzę o ich funkcjonalności i parametrach technicznych to przedstawienie powyższych informacji, wprowadzających zamawiającego w błąd, należy uznać za działanie w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Biorąc także pod uwagę, że informacje te dotyczą parametrów punktowanych albo wręcz wymaganych to podanie ich mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Innymi słowy zaistniała hipoteza normy z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i wykonawca D powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 2.11.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 5.11.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

06.11.2018 r. wykonawca D złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.11.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Do Izby zostały wniesione wnioski dowodowe dowody przez:

1) wyciąg z treści SIWZ (str. 1 i 5 oraz załącznik nr 1 do SIWZ) obowiązującej w postępowaniu prowadzonym przez Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny na »Dostawę mebli laboratoryjnych i dygestoriów dla ZUT w Szczecinie w ramach projektu pt.: »Budowa centrum dydaktyczno-badawczego nanotechnologii« – dowód nr 1

2) wyciąg z oferty DCD Habitat sp. z o.o. (str. 1 i 26 w tym certyfikat zgodności nr 292/2012) złożonej w postępowaniu przytoczonym w dowodzie 1 – dowód nr 2

– na okoliczność wykazania, że badania 353/2009 (S.D.) z 7.04.2009 r. dotyczą mebli o innych parametrach – w postępowaniu prowadzonym przez ZUT wykonawca oferował konstrukcję stelaża stołu wykonaną z kształtownika zamkniętego – o wym. **60x40x3 mm**, a w rozpoznawanym postępowaniu wykonawca D oferuje – o wym. **50x30x2 mm**;

3) wyciąg z oferty DCD Habitat sp. z o.o. (str. 1, 10, 11 oraz 92 w tym certyfikat zgodności nr 0449/2015) złożonej w postępowaniu prowadzonym przez KUL na »Dostawę wraz z montażem wyposażenia budynku Inżynierii Środowiska w ramach projektu pn. „Baza dydaktyczna i badawcza niezbędna do powstania i rozwoju kierunku Inżynieria Środowiska na Wydziale Zamiejscowym Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli« – dowód nr 3 – na okoliczność wykazania, że badania 353/2009 (S.D.) z 7.04.2009 r. dotyczą mebli o innych parametrach – w postępowaniu prowadzonym przez KUL wykonawca oferował konstrukcję stelaża stołu wykonaną z kształtownika zamkniętego o wym. **60x30 mm**, a w przedmiotowym postępowaniu oferuje o wymiarach **50x30x2 mm**;

4) oświadczenia Strojirensky Zkusebni Ustav s.p. (Engineering Test Institute z siedzibą w Brnie) jednostki notyfikowanej uprawnionej do wystawiania certyfikatów zgodności z normą PN-EN 13150 wraz z tłumaczeniem na język polski – dowód nr 4 – na okoliczność wykazania, iż zmiana parametrów (wymiarów) stelaża stołu powoduje (w świetle postanowień normy PN-EN 13150) konieczność ponownej certyfikacji (przeprowadzenia ponownie badań);

B) zamawiającego:

5) certyfikat zgodności nr 0634/2018, który powinien być dołączony do dokumentacji jako dokument złożony zamawiającemu przez wykonawcę D – str. 110.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niezastosowanie tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D, pomimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim wykonawca D (a) nie potwierdził zgodności oferowanych przedmiotów z SIWZ, gdyż wykonawca D przedstawił certyfikat zgodności nr 0634/2018 dla innych niż oferowane stoły laboratoryjne i (b) zaoferował przedmiot zamówienia niespełniający wymagań określonych w poz. 56, 106 i 107 zał. 2 do SIWZ (Formularz wymaganych warunków technicznych i technologicznych) oraz

w ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy D, pomimo że wykonawca D w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i wprowadzające zamawiającego w błąd co do faktu, że certyfikat zgodności nr 0634/2018 dotyczy oferowanych mebli i że spełniają one wymagania SIWZ – nie zasługują na uwzględnienie.

Przed otwarciem rozprawy odwołujący cofnął odwołanie dotyczące naruszenia poz. 136

i 166a zał. nr 2 do SIWZ i odwołujący cofnął odwołanie w pozostałym zakresie zarzutu czwartego, dlatego odwołanie w tym zakresie nie było przedmiotem rozpoznania.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Izba stwierdziła, że zgodnie z rozdz. IX ust. 3 pkt 3 lit. b SIWZ zamawiający wymagał potwierdzenia, że oferowane przedmioty zamówienia odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Zamawiający żądał od wykonawców złożenia dokumentu potwierdzającego, że stoły laboratoryjne spełniają wymogi normy PN-EN 13150. Wykonawca D – na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp – złożył certyfikat zgodności nr 0634/2018 wydany przez Instytut Technologii Drewna. Certyfikat potwierdza spełnienie wymagań określonych w normie PN-EN 13150/2004 i dotyczy mebli laboratoryjnych serii „Carbon”. Przedostatnie zdanie tego certyfikatu podkreśla, że certyfikat »Dotyczy wyłącznie egzemplarzy wyrobu posiadających identyczne właściwości (parametry) jak przedstawiony do badań wzór [...]«. Stwierdzenie to dyskwalifikowałoby dokument jako potwierdzenie spełnienia wymagań innych mebli niż przedstawione do badania, gdyby nie stwierdzenie znajdujące się w rozdz. 4 zdanie pierwsze na str. 5 przedmiotowej normy PN-EN 13150, które to zdanie stanowi »Dopuszcza się uzgodnienie między nabywcą i producentem innych wymiarów niż zalecane w rozdz. 4«.

Zgodnie z rzymską regułą *lex superior derogat legi inferiori* [prawo ustanowione przez wyższy organ usuwa stosowanie prawa ustanowionego przez niższy organ] należy przede wszystkim brać pod uwagę przepis stanowiący przez organ wyższy przed przepisem stanowiącym przez organ niższy, a takie cechy należy przypisać Polskiemu Komitetowi Normalizacyjnemu wydającemu m.in. normę PN-EN 13150 w stosunku do Instytutu Technologii Drewna, który na podstawie przytoczonej normy PN-EN 13150 wydał omawiany certyfikat 0634/2018. Dlatego postanowienia rozdz. 4 zdanie pierwsze normy należy brać pod uwagę przed stwierdzeniem znajdującym się w certyfikacie.

Dodatkowo Izba musiała uwzględnić (także zamawiający musiał uwzględnić) treść postanowienia rozdz. IX ust. 3 pkt 3 lit. a kropka pierwsza SIWZ, gdzie zamawiający żądał

w zakresie mebli laboratoryjnych aby wykonawca przedstawił »katalog producenta lub inny dokument [...] potwierdzający zgodność parametrów [...] oferowanych produktów z wymaganiami [zamawiającego]«. Izba podkreśla, że w konsekwencji użycia funktora alternatywy nierozłącznej (zwykłej) »lub« dla prawdziwości wyrażenia (właściwego spełnienia) wystarczy aby jeden element był prawdziwy, aby całe wyrażenie było prawdziwe, czyli wystarczyło, aby wykonawca złożył zamawiającemu jakikolwiek »inny dokument«, z którego wynika potwierdzenie zgodności parametrów zaoferowanego przedmiotu z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Matryca alternatywy nierozłącznej (z użyciem funktora »lub«):

| p | q | p v q |
|---|---|-------|
| 1 | 1 | 1     |
| 1 | 0 | 1     |
| 0 | 1 | 1     |
| 0 | 0 | 0     |

Znaczenie:

p – zdanie pierwsze;

q – zdanie drugie;

v – spójnik „lub”, funktor alternatywy nierozłącznej (zwykłej);  
0 – nieprawda;  
1 – prawda.

Alternatywa nierozłączna (zwykła) –  $p \vee q$  – zdanie utworzone z innych zdań za pomocą funktora prawdziwościowego » $\vee$ «; zdanie złożone z dwóch zdań połączone spójnikiem » $\vee$ « (czytany jako »lub«) jest prawdziwe wtedy, gdy przynajmniej jedno ze zdań składowych jest prawdziwe, a fałszywe, gdy oba zdania są fałszywe (za »Logika dla prawników« Sławomir Lewandowski, Andrzej Malinowski, Jacek Petzel, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004 r.).

W rozpoznawanym postępowaniu wykonawca D 16.10.2018 r. wyjaśnił, że oferowane meble znajdują się w grupie mebli »Carbo«, które są objęte certyfikatem potwierdzającym spełnienie wymagania zamawiającego.

Ponadto Izba nawiązując do rozważań dotyczących alternatywy nierozłącznej stwierdza, że w rozdz. IX ust. 3 pkt 3 lit. a SIWZ zamawiający wymagał cyt. »W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego [...], zamawiający żąda [...] próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów [...]«. Jednak w tym przypadku łącznik »oraz« zwykle równoznaczny z łącznikiem »i« i stanowiący funktor koniunkcji należy uznać, że wystąpił on w roli wyliczenia przesłanek. »Przykładowo Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 13 stycznia 2006 r. (sygn. akt I FSK 499/05) wskazuje, że wykladnia [...], z której wynika, że „spójnik „i” pomiędzy wskazaniem [...] [odpowiednich przepisów – przypisek Izby] nie świadczy o koniunkcji tylko zawiera wyliczenie przesłanek, co powoduje, że dyspozycja normy [...] zaistnieje w razie wystąpienia każdej z tych przesłanek, jest prawidłowa» (Paweł Saługa »Problemy interpretacyjne dotyczące spójnika „i” w konstrukcji przepisu« Przegląd Legislacyjny Nr 1 (71)/2010 str. 107). Dlatego Izba musi stwierdzić, że zastosowanie spójnika »oraz« przez zamawiającego w przytoczonym postanowieniu SIWZ należy czytać jako zastosowanie spójnika »lub« czyli funktora alternatywy nierozłącznej (zwykłej). Dlatego wystarczy, że w opisie na str. 18 wyjaśnien

z 6.09.2018 r. wykonawca D wykazał spełnienie wymagania poz. 56 zał. nr 2 do SIWZ (płaska ściana boczna mebla) i wykonawca D nie musiał już potwierdzać spełnienia wymagania dotyczącego płaskiej ściany bocznej mebla w innych dokumentach. Izba musi też podkreślić, że zdjęcia znajdujące się na str. 19 wyjaśnien są przedstawione na wykazanie możliwości rozwarcia drzwiczek do kąta 270°, a więc na wykazanie całkiem innej cechy niż płaska ściana boczna mebla i zamawiający może nie brać tego zdjęcia pod uwagę oceniając spełnienie wymagań, gdy spełnienie tego wymagania zostało wykazane innym dokumentem (opisem ze str. 18 wyjaśnien).

Odwolujący zarzucił także, że zamawiający nie wymagał innych dokumentów na wykazanie spełnienia wymagań przez wykonawcę D, a szczególnie – udokumentowania drogi dojścia do wydania certyfikatu przez Instytut Technologii Drewna. Jednak Izba musi zauważyć, że skoro zamawiający nie żądał dołączenia do oferty takiego dokumentu w SIWZ, to zamawiający nie może żądać takich dokumentów na etapie badania i oceny ofert, szczególnie że zamawiający może uwzględnić spełnienie wymagań przez wykonawcę D na podstawie złożonych do oferty (lub wyjaśnien) innych dokumentów, które były wymienione w SIWZ.

Ponadto odwołujący wskazał na dowody (13) z innych postępowań, w których to postępowaniach – na inne wymagane meble – wykonawca składał ten sam certyfikat na potwierdzenie spełnienia tych odmiennych wymagań różnych zamawiających. Jednak Izba musi wziąć pod uwagę cytowaną wcześniej treść rozdz. 4 zdanie pierwsze normy PN-EN 13150, gdzie zostały dopuszczone odstępstwa w konkretnie oferowanych meblach od mebli, o których mowa w certyfikacie. Dlatego Izba, a także zamawiający, musi uwzględnić fakt potwierdzenia spełnienia odmiennych wymagań stawianych przez różnych zamawiających na podstawie tego samego certyfikatu PN-EN 13150.

Wreszcie odwołujący zarzucił, że przedstawione przez wykonawcę D rysunki do poz. 106 i 107 zał. nr 2 do SIWZ pokazują półki przezierne, podczas gdy zamawiający wymagał zastosowania półek metalowych o szczególnej konstrukcji. Jednak odwołujący nie wziął od uwagę, że zamawiający nie żądał wykazania spełnienia swoich wymagań na podstawie rysunku, bo wtedy zapewne zażądałby specjalnego rysunku np. konstrukcyjnego lub dużej skali odwzorowania. Ze względu na żądanie zamawiającego rysunku bez bliższych wymagań nie można żądać, aby wniesione rysunki pokazywały w pełni rozwiązania konstrukcyjne czy materiały, z których będą wykonane oferowane meble. Istnienie takich szczegółów zostało wykazane w zamieszczonym opisie czy kartach katalogowych, a więc zamawiający powinien uwzględnić właśnie te dokumenty podczas badania ofert.

Ponadto wykonawca D wykazał, że wydany na podstawie normy PN-EN 13150 certyfikat 0634/2018 obejmuje również oferowane meble mimo innych nazw występujących w ofercie wykonawcy D i w certyfikacie.

W związku z tymi argumentami Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D oraz Izba nie może uwzględnić zarzutu czwartego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy D.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez niezastosowanie tego przepisu i zaniechanie wezwania wykonawcy D do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez oferowane produkty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ze względu na złożenie wszystkich niezbędnych dokumentów i wykazanie spełnienia wymagań przez oferowane przedmioty przez wykonawcę D, zamawiający nie był uprawniony do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »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«.

Z przytoczonych wyżej względów Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy D do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez oferowane produkty.

Przed otwarciem rozprawy odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego, dlatego odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego nie było przedmiotem rozpoznania.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy D niezgodnie z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wymienionych w odwołaniu przepisów

prawa) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości« i art. 7 ust. 3 Pzp brzmi »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwolujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego jakiegokolwiek przepisów wskazanych w zarzutach od 1 do 4 , o czym wyżej (zarzut trzeci w całości wycofany przez odwołującego). Ponadto odwołujący nie próbował nawet uzasadnić w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 lub 3 Pzp i także na rozprawie, ustnie do protokołu odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających postawienie zarzutu piątego naruszenia art. 7 ust. 1 lub 3 Pzp.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu piątego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy D niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę dowodu 4 wniesionego przez odwołującego, gdyż treść pisma stanowi odpowiedź na konkretne pytanie, jednak odwołujący nie załączył tego pytania, a więc nie można stwierdzić w jakim kontekście została sformułowana odpowiedź i czy odnosi się do sytuacji analogicznej do rozpoznawanej w obecnym postępowaniu odwoławczym. Ponadto odwołujący nie wykazał czy osoba podpisująca dokument dowodu 4 była upoważniona do reprezentowania podmiotu wystawiającego dokument.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:.....**