

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę: **F.M.B. „M.” Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Garwoliński, ul. Staszica 15, 08-400 Garwolin,**

przy udziale wykonawcy: **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A.K.S.M., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. W zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów:

1.1. Uwzględnia zarzut bezpodstawnego odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy: F.M.B. „M.” Sp. z o.o. z S. i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia tej oferty;

1.2. W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie nie podlega uwzględnieniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Powiat Garwoliński, ul. Staszica 15, 08-400 Garwolini:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **F.M.B. „M.” Sp. z o.o., (...)**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: **Powiat Garwoliński, ul. Staszica 15, 08-400 Garwolinna** rzecz wykonawcy: **F.M.B. „M.” Sp. z o.o., (...)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Siedlcach.**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Garwoliński prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wypożyczenie budynku Starostwa Powiatowego w Garwolinie przy ul. Mazowieckiej - dostawa i montaż mebli biurowych i akcesoriów łazienkowych” znak sprawy RG.272.22.2017. Wnoszący odwołanie wykonawca: F.M.B. M. Sp. z o.o. z S. zarzucił Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania dokonał wyboru oferty S.M. z P., jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp].

Odwołujący wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu bezzasadnie odrzucił jego ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Dokonując tych czynności pozbawił wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Jego oferta zawiera najniższą cenę i w ramach oceny ofert uzyskałaby najwyższą liczbę punktów, gdyby Zamawiający zastosował się do przepisów ustawy Pzp oraz do postanowień specyfikacji, jego oferta nie zostałaby odrzucona. Ponadto, zdaniem wykonawcy, Zamawiający zwleka z opublikowaniem wyniku postępowania, działając w celu wyboru

podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy S.M. i uniemożliwiający wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w szczególności naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - odrzucenie oferty wnoszącego odwołanie, której treść odpowiada specyfikacji, względnie - art. 26 ust. 3 Pzp- zaniechanie wezwania do uzupełnienia próbki;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.M. z P., której treść nie odpowiada specyfikacji;
3. art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - brak poinformowania o odrzuceniu oferty S.M., pomimo że Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp- brak poinformowania o wyniku postępowania, zwlekanie z badaniem i oceną oferty S.M. w celu uniemożliwienia lub utrudnienia skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie weryfikacji oferty S.M., która zawiera znaczną ilość nieprawidłowości i nieodpowiada wymaganiom SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w przypadku stwierdzenia, że próbka Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ - wezwanie do uzupełnienia

3

poprawionej próbki; 2) odrzucenie oferty wykonawcy S.M.; 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty oraz jej wybór jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności, że w dniu 11 lipca 2017 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, a w informacji wskazał, że w zakresie zadania nr 1 - meble, zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta S.M., przy czym jego oferta zawierała najniższą cenę. Odwołujący po dokonaniu wglądu w ofertę wykonawcy S.M., sformułował szereg zarzutów, stanowiących jego zdaniem podstawę do odrzucenia tej oferty ze względu na niezgodność z treścią SIWZ, o czym poinformował Zamawiającego w piśmie-notatce z 25 lipca 2017 r. W dniu 28 lipca 2017 r., otrzymał drogą elektroniczną informację o odrzuceniu jego oferty, w której Zamawiający powołał się na przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp argumentując, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymaganych parametrów określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, uznając, iż wymóg „dla szaf wysokich 50H - 2x spowalnicze góra/dół” oznacza, że każdy front szafy musi posiadać spowalnicz zamontowany na górze i na dole. W związku z tym, że Odwołujący zaproponował szafę zawierającą jeden spowalnicz na górze jednego frontu szafy i jeden na dole drugiego frontu szafy, Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, co stanowi podstawę do jej odrzucenia. W tym samym dniu, wykonawca został także poinformowany, że na dzień 27/072017r., Zamawiający prowadzi postępowanie w zakresie badania i oceny oferty złożonej przez S.M. Zamawiający zdawkowo odniósł się do większości zarzutów Odwołującego, co do niezgodności oferty S.M. z SIWZ i nie wypowiedział się jednoznacznie na temat ewentualnego odrzucenia oferty tego wykonawcy. W dniu 1 sierpnia 2017 r., Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z uzupełnieniem zarzutów względem oferty S.M.. Na dzień złożenia odwołania, nie ma informacji o zakończeniu procedury badania i oceny oferty S.M. oraz informacji o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc podnoszonych dwóch pierwszych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał:

(1) Odrzucenie oferty Odwołującego jest niesłuszne, jej treść odpowiada treści specyfikacji, względnie zaniechano wezwania do uzupełnienia próbki. W informacji o odrzuceniu oferty datowanej na 27 lipca 2017r. Zamawiający stwierdził, iż szafa aktowa wysoka S. nie spełnia wymaganych parametrów określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, ze względu na brak dwóch wymaganych spowalniczy, zgodnie z treścią postanowienia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia: „Dodatkowo fronty muszą być wyposażone w spowalnicze, które zapewniają cichy i delikatny domyk - dla szaf wysokich 50H wymagane są 2x spowalnicze góra/dół. Dla szaf niskich tj. 20H - 1x spowalnicz”. Natomiast w szafie S. dostarczonej przez Odwołującego, stwierdzono, że we frontach zostały zamontowane 2 spowalnicze, tj. 1

4

spowalnicz na górze jednego frontu i jeden spowalnicz na dole drugiego frontu szafy. To zdaniem Zamawiającego, przesądza o niezgodności oferty z SIWZ, a tym samym stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnosząc się do tego twierdzenia wykonawca podał, że w załączniku nr 6 do SIWZ wyraźnie wskazano, że szafa powinna zawierać 2 spowalnicze w układzie góra/dół, co Odwołujący zrealizował. Obecnie (tj. w informacji o odrzuceniu oferty) Zamawiający twierdzi, że: „każdy front szafy musi posiadać zamontowany spowalnicz na górze i na dole” czyli że dla niego wymóg ten dotyczył 4x spowalniczy (po dwa na górze i po dwa na dole). Bezzasadne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby wyrażenie „2x spowalnicze góra/dół” miało oznaczać, iż wymaga, on w rzeczywistości zamontowania 4 spowalniczy, taka wykładnia postanowienia SIWZ byłaby bowiem sprzeczna z literalnym rozumieniem tekstu. W orzecznictwie podkreśla się przy tym, iż wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych i nieprecyzyjnych zapisów SIWZ: „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych; natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c.). Wskazał na wyrok SO w Gdańsku i podkreślił, że” (...) dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, powinny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji” (Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2015/07/10). Dalej podał, że złożył próbkę zawierającą dwa spowalnicze w układzie góra/dół: jeden spowalnicz na jednym froncie na górze i drugi spowalnicz na drugim froncie na dole, ponieważ tak zrozumiał postanowienia SIWZ i taka interpretacja była też zgodna z długoletnim doświadczeniem wykonawcy jako producenta mebli tego rodzaju. Podkreślił, że w większości analogicznych szaf, montażyści instalują po jednym spowalniczu na każdym froncie, a za dużą ilość spowalniczy nakładanych na zawiasy powoduje problemy związane użytkowaniem szafy tj. zbyt wolne otwiera nie/zamyka nie frontów drzwi, które skutkuje zniszczeniem tych elementów szafy, w przypadku uznania przedmiotowej próbki za błędną - jest w stanie poprawić przedmiotową próbkę i uzupełnić nie zmieniając w żaden sposób jej konstrukcji i pozostałych cech. Złożenie próbki szafy przez Odwołującego zawierającej łącznie dwa spowalnicze, było wyłącznie konsekwencją literalnego odczytania przedmiotowego postanowienia SIWZ, co w żaden sposób nie może wiązać się z negatywnymi dla Odwołującego skutkami, w szczególności w postaci odrzucenia jego oferty. Podkreślił również, że w przypadku przyjęcia, że z treści szczegółowego opisu warunków zamówienia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał wyposażenia szaf wysokich 50H w cztery spowalnicze,

5

postanowienie to naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego, taki wymóg byłby nieracjonalny i, nieadekwatny do celu zamówienia, Zamawiający bowiem, żądając dostarczenia szafy o określonych parametrach, nie dąży jedynie do zapewnienia cichego i delikatnego domyku, ale także gwarancji bezpieczeństwa dla użytkowników produktu, co jest zresztą wymogiem prawnym, przewidzianym w par. 22 ust. 9 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650), zgodnie z którym: „Drzwi i bramy otwierane i zamykane mechanicznie powinny tak funkcjonować, aby nie stwarzały zagrożenia urazem. Drzwi takie powinny mieć zamontowane łatwo rozpoznawalne i łatwo dostępne z obu stron urządzenie do ich zatrzymywania, a także powinny być przystosowane do ręcznego otwierania”. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, za dużą ilość spowalniczy nakładanych na zawiasy powoduje problemy związane użytkowaniem szafy tj. zbyt wolne otwiera nie/zamyka nie frontów drzwi, które skutkuje zniszczeniem tych elementów szafy. Użytkownik szafy biurowej ma zaprogramowany domyślnie (podświadomie) pewien czas na otwarcie szafy i jeśli front będzie zbyt wolno się otwierał, użytkownik „przez siłę” będzie otwierał i tym samym wyrwał fronty. Zastosowanie większej ilości spowalniczy na zawiasach powoduje nie domykanie się frontów drzwi a co za tym idzie najczęstszy efekt błędnie „wyregulowanej” szafy tj. wrażenie, że fronty są krzywo ustawione - niewyregulowane fronty nie są w odpowiednim położeniu względem siebie. Najważniejszy argument, który wiąże się z wymaganiami bezpieczeństwa w użytkowaniu mebli biurowych w miejscu pracy

to niebezpieczeństwo urazu ludzkiego - jeśli front drzwi zbyt wolno powraca na swoją pozycję istnieje niebezpieczeństwo, że użytkownik „zagapi się” i uderzy w drzwi szafy co może oczywiście powodować poważne uszkodzenia ciała w tym najpopularniejsze urazy tj. uderzenie w głowę czy inny element ciała. Tym samym, zdaniem wykonawcy wymóg żądania zastosowania czterech spowalniaczy byłby nieuzasadniony w aspekcie zasad uczciwej konkurencji i nieproporcjonalny, nie powoduje on bowiem znaczącej poprawy właściwości szafy w zakresie cichego i delikatnego domykania, a powoduje zagrożenie dla bezpieczeństwa użytkowników. W związku z powyższym - Odwołujący prawidłowo zrozumiał wymogi Zamawiającego i złożył próbkę potwierdzającą te wymogi. Podkreślił, że nawet w przypadku uznania, że Odwołujący przekazał błędną próbkę, nie potwierdzającą wymogów - powinien mieć szansę na uzupełnienie przedmiotowej próbki. Dlatego też Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia próbki w sytuacji, gdy stwierdził, że nie potwierdza ona wymagań SIWZ.

(2) Bezpodstawnie zaniechanie odrzucenia oferty S.M. z P., albowiem jej treść nie odpowiada specyfikacji. Odwołujący podał, że informację o zaniechaniu odrzucenia oferty S.M. powziął w tym samym terminie. Wskazał ponownie, że w dniu 25/07/2017r., skierował

6

do Zamawiającego pismo - notatkę, w której szczegółowo wskazał elementy oferty wykonawcy S.M., które świadczą o niezgodności oferty z SIWZ, a tym samym przesądzają o zaistnieniu przesłanki odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Treść tego pisma została uzupełniona w piśmie z 1/08/2017. Odwołujący w zakresie tego zarzutu wskazał wskazał następujące elementy z oferty S.M., które są niezgodne z wymaganiami załącznika nr 6 do SIWZ - OPZ:

1. Produkt o symbolu: Ramka na zdjęcia 30 x 40 -str 119 oferty

W karcie katalogowej produktu: Ramka na zdjęcia 30 x 40 podano wymiar ramki 20 x 30 - Zamawiający wymagał Ramek na zdjęcia w dwóch różnych wymiarach. Wg informacji z karty katalogowej S.M. wynika, że oferta jest złożona na ramki o tym samym (jednym) wymiarze tj. 20 x 30.

2. Produkt o symbolu: Ramka na zdjęcia 30 x 40 -str 119 oferty oraz Ramka na zdjęcia 20 x 30 -str 118 oferty

Zamawiający zgodnie z opisem produktu zawartym w załączniku nr 6 wymagał złożenia oferty na ramki wykonane z tworzywa o szerokości ramki max. 25 mm. W kartach katalogowych firmy S.M. nie została potwierdzona informacja o szerokości ramki.

3. Produkty o symbolach: RG1, X, SZAN1, SZAN2, SZAN3, SZU, SZPK - szafy biurowe - str 103,104,105 oferty.

Zamawiający w zakresie szaf biurowych o symbolach: RG1 - Szafka-regał, wymiar 71 x 60 x 60cm; X - Szafa aktowa wysoka, zamykana drzwiami, wymiary 80 x 43 x 183cm; SZAN1 - Szafka aktowa niska, zamykana drzwiami, wymiary 80 x 43 x 78cm; SZAN2 - Szafa z drzwiami przesuwными, bez uchwytu, wymiary 161 x 43 x 74cm; SZAN3 - Szafka aktowa niska, zamykana drzwiami przesuwными, wymiary 80 x 43 x 78cm; SZU - Szafa ubraniowa z wieszakiem wysuwany, wymiary 60 x 43 x 183cm; SZPK - Szafa z półkami na korespondencję 80 x 43 x 183cm (górne 3-OH z 24 przegródkami - listownik, dolne 2-OH zamykane drzwiami)- wymagał aby: „Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla”. Firma S.M. nie złożyła wraz z ofertą wymaganych kart katalogowych dedykowanych do poszczególnych produktów, a jedynie dwie karty, w których połączono szafy wg zestawień: X, RG1, SZAN1, SZPK, SZU oraz SZAN2 i SZAN3 oraz dodano wspólne zdjęcia w/w produktów, nie dołączono również zdjęć poglądowych w/w szaf. W karcie katalogowej opisującej szafy biurowe SZAN2 i SZAN3 zawarto produkty, które są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia wg Załącznika nr 6 do SIWZ. Po pierwsze Zamawiający wymagał aby szafy były wyposażone w zamki - brak informacji o zamach w szafach SZAN2 i SZAN3 oraz szafa o

7

symbolu SZAN3 powinna być wyposażona w uchwyt na froncie drzwi - czego nie potwierdza ani zdjęcie szafy zawarte w karcie katalogowej ani opis mebla wg treści karty katalogowej.

4. Produkty o symbolach:RG1 - Szafka-regał, wymiar 71 x 60 x 60cm; X - Szafa aktowa wysoka, zamykana drzwiami, wymiary 80 x 43 x 183cm; SZAN1 - Szafka aktowa niska, zamykana drzwiami, wymiary 80 x 43 x 78cm; SZAN2 - Szafa z drzwiami przesuwными, bez uchwytu, wymiary 161 x 43 x 74cm; SZAN3 - Szafka aktowa niska, zamykana drzwiami przesuwными, wymiary 80 x 43 x 78cm; SZU - Szafa ubraniowa z wieszakiem wysuwany, wymiary 60 x 43 x 183cm; SZPK - Szafa z półkami na korespondencję 80 x 43 x 183cm (górne 3-OH z 24 przegródkami- listownik, dolne 2-OH zamykane drzwiami) - nie są to szafy biurowe wchodzące w zakres systemu S., producenta N.S..

Zamawiający wymagał aby oferowane szafy charakteryzowały się następującymi parametrami w zakresie grubości płyt wiórowych, z których produkowane są meble: „Wieniec dolny, boki oraz ściana tylna szafy ma być wykonana z płyty grubości 18 mm, co wpływa na wytrzymałość i stabilność mebla. Wieniec górny szafy ma być wykonany z płyty wiórowej o grubości 28 mm. Front (drzwi) - płyta wiórowa o grubości 18 mm.” oraz „szafa, ma posiadać pozytywne wyniki badań lub certyfikat zgodności z normami dotyczącymi jakości mebli biurowych: PN-EN 14073-2, dokumenty mają być wystawione przez uprawnioną do tego jednostkę”.Firma S.M. zaoferowała w zakresie szaf biurowych produkty, które nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia co Zamawiający może sprawdzić i zweryfikować na podstawie ogólnodostępnych informacji zawartych na stronie internetowej producenta mebli w zakładce opisującej szafy biurowe S. w zakresie dwóch istotnych parametrów: wymagana grubość płyty wiórowej ściany tylnej to 18 mm - wg opisu system S. zbudowany jest na płycie 12 mm, wymagana grubość płyty wiórowej wieńca górnego szafy to 28 mm - w opisu system S. zbudowany jest na płycie 18mm.System S. to również szeroka gama typów szaf i nadstawek. W ofercie znajdują się: szafy z drzwiami przesuwными, żaluzjowymi, uchylnymi, szklanymi uchylnymi, regały, szafy ubraniowe oraz szafy z szufladami. Szafy wykonane są z 18 mm płyty meblowej, dwustronnie laminowanej (klasa EI). Plecy szaf tworzy 12 mm płyta meblowa klasy EI. Drzwi szaf szklanych wykonane są ze szkła satynowanego, a drzwi żaluzjowe z tworzywa sztucznego. Szafy z drzwiami uchylnymi wyposażone są w zawiasy szybkiego montażu z funkcją łatwej regulacji oraz posiadają system cichego domykania drzwi. Metalowe szuflady i ramy w szafach z szufladami posiadają pełny wysuw i przeciwwagę. Wszystkie szafy mają dwa typy podstaw: metalowy cokół lub stopki. Dodatkowo, firma S. posłużyła się Certyfikatem Zgodności nr 220/14 - str 120 i 121 oferty, który ma potwierdzić zgodność mebli w zakresie normy PN-EN 14073-2, który nie może być stosowany do mebli o innych parametrach niż wskazane przez producenta mebli w tym wypadku systemowych szaf, regałów oraz kontenerów S..Firma S.M. dostarczyła wraz z ofertą szafę biurową, która wykonana jest z pominięciem rozwiązań, którymi powinien

8

charakteryzować się system S. i jest produktem wykonanym pod projekt, a nie systemowym rozwiązaniem, do którego zgodnie z prawem można zastosować w/w dokument.

5. Produkt o symbolu:KN1 - Kontener mobilny, 3 szuflady + szuflada piórnikowa, wymiary 40 x 60 x 58,5cm –nie jest kontenerem wchodzącym w zakres systemu S., producenta N.S..

Zamawiający wymagał aby oferowany kontener charakteryzował się następującymi parametrami w zakresie sposobu otwierania szuflad kontenera:uchwyty dwupunktowe: rozstaw 128 mm, mają być wykonane ze stopu cynku i aluminium w pokryciu galwanicznym, o wysokiej estetyce wykonania i dużej odporności na uszkodzenia mechaniczne, co zapewni długotrwałe użytkowanie” oraz „kontener ma posiadać pozytywne wyniki badań lub certyfikat zgodności z normami dotyczącymi jakości mebli biurowych: PN-EN 14073-2, dokumenty mają być wystawione przez uprawnioną do tego jednostkę”.Firma S.M. zaoferowała w zakresie kontenera produkt, które nie jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia co Zamawiający może sprawdzić i zweryfikować na podstawie ogólnodostępnych informacji zawartych na stronie internetowej producenta mebli w zakładce opisującej kontenery S. w zakresie wyglądu oraz sposobu otwierania frontów szuflad kontenera. Kontener S. mobilny jaki i stacjonarny nie posiada uchwytów.Kontenery występują w dwóch podstawowych wersjach: kontenery mobilne o wysokości 57,5 cm oraz kontenery stacjonarne o wysokości 72 cm.Kontenery mobilne dostępne są w wersji z 4 lub 5 kółkami. Kontenery stacjonarne posiadają trzy niezależne opcje podstawy: metalowy cokół, 4 stopki lub 4 stopki z dodatkowym kółkiem. Dodatkowe kółko w kontenerach jest przeznaczone dla wersji posiadającej dolną szufladę z zawieszka na dokumenty. Kontenery wykonane są z płyty meblowej dwustronnie laminowanej o grubości 18mm (wyjątek stanowi pokrywa kontenera

stacjonarnego, której grubość wynosi 25 mm). Różne konfiguracje zagospodarowania kontenerów tworzą ich bogatą ofertę: Piórniki + 3 szuflady; Piórniki + 4 szuflady; Piórniki + 1 szuflada + 1 szuflada z zawieszka na dokumenty; Piórniki + 2 szuflady + 1 szuflada z zawieszka na dokumenty; Piórniki + 2 szuflady z zawieszkami na dokumenty. Wszystkie kontenery wyposażone są standardowo w szuflady metalowe zamkiem centralnym posiadającym funkcję stop control plus oraz w system cichego domykania. Szuflady z zawieszkami na dokumenty występują w opcji z pełnym wysuwem. Kontenery nie posiadają uchwytów. Ich funkcję pełni 15mm szczelina pomiędzy frontem szuflady, a bokiem kontenera. Dodatkowo firma S.M. posłużyła się Certyfikatem Zgodności nr 220/14 -str 120 i 121 oferty, który ma potwierdzić zgodność mebli w zakresie normy PN-EN 14073-2, który nie może być stosowany do mebli o innych parametrach niż wskazane przez producenta mebli w tym wypadku systemowych szaf, regałów oraz kontenerów S..Firma S.M. dostarczyła wraz z ofertą kontener, który wykonany jest z pominięciem rozwiązań, którymi powinien

9

charakteryzować się system S.i jest produktem wykonanym pod projekt, a nie systemowym rozwiązaniem, do którego zgodnie z prawem można zastosować w/w dokument.

6. Produkty o symbolach: BPI - Biurko pracownicze, z regulacją wysokości, wymiar 160 x 80cm; BP2 - Biurko pracownicze wsparte na szafce, wymiar 160 x 160 x 74cm; BP3 - Biurko pracownicze, blat przesuwany, wymiar 180 x 80cm; BP4 - Biurko pracownicze, z regulacją wysokości, wymiar 140 x 80cm—nie są biurkami systemowymi wchodzącymi w zakres systemu S., producenta N.S..

Zamawiający wymagał aby oferowane szafy charakteryzowały się następującymi parametrami w zakresie grubości płyt wiórowych, z których produkowane są meble: „Błat biurka ma być wykonany z płyty wiórowej melaminowanej o grubości 28mm.” oraz „biurka i stoły mają posiadać pozytywne wyniki badań lub certyfikat zgodności z normami dotyczącymi jakości mebli biurowych PN-EN 527-2, dokumenty mają być wystawione przez uprawnioną do tego jednostkę”.Firma S.M. zaoferowała w zakresie biurek produkty, które nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia co Zamawiający może sprawdzić i zweryfikować na podstawie ogólnodostępnych informacji zawartych na stronie internetowej producenta mebli w zakładce opisującej biurka S. w zakresie dwóch istotnych parametrów: wymagana grubość płyty wiórowej blatu biurka - Zamawiający wymagał płytę o grubości 28 mm, a biurka systemowe S. posiadają płytę o grubości 25 mm oraz systemowe rozwiązanie dla biurka wspartego na szafce, którego brak jest w ofercie wchodzącej w zakres tego systemu.Duża różnorodność kształtów blatów oraz ich rozmiarów, umożliwiającą liczne aranżacje, to cecha charakterystyczna systemu S.. Blaty biurek wykonane są z 25 mm płyty meblowej, dwustronnie laminowanej (klasa E1). Podstawowym elementem konstrukcyjnym biurek jest rama standardowo przymocowana do blatu. Specjalnie zaprojektowana konstrukcja ramy pozwala na zastosowanie przesuwnej blatu dla wybranych kształtów biurek (prostokątnego, trapezowego, falistego i z jednym bokiem zaokrąglonym). Funkcja ta dostępna jest opcjonalnie. Nogi biurek, kanały kablowe, dostawki oraz panele trzeciego poziomu montowane są bezpośrednio do ramy. Dzięki temu montaż i ewentualny demontaż stanowiska pracy przebiega w łatwy sposób. Eliminuje to również uszkodzenia elementów wykonanych z płyty meblowej. Spójnym elementem biurek z różnymi kształtami nóg jest ID biurka z wymiennym wkładem, występujące standardowo w kolorze nóg. ID może służyć również identyfikacji pojedynczego stanowiska pracowniczego lub poszczególnych działów firmy.Dodatkowo firma S.M. posłużyła się Certyfikatem Zgodności nr 219/14, strona 122 oferty, który ma potwierdzić zgodność mebli w zakresie normy PN-EN 527-2, który nie może być stosowany do mebli o innych parametrach niż wskazane przez producenta mebli w tym wypadku systemowych biurek i stołów konferencyjnych S.. Firma S.M. dostarczyła wraz z ofertą biurko pracownicze, które wykonane jest z pominięciem rozwiązań, którymi powinien

10

charakteryzować się system S. i jest produktem wykonanym pod projekt, a nie systemowym rozwiązaniem, do którego zgodnie z prawem można zastosować w/w dokument.

7. Produkty o symbolach - strona 99 oferty: SK1 - Stół konferencyjny 2400 x 1400 x 740mm; SK2 - Stół konferencyjny 1600 x 1610 x 740mm; SK3 - Stół konferencyjny z dwoma mediaboxami, 5000 x 1200mm; SK4 - Stół konferencyjny z mediaboxem, 1400

x 1000mm; SK7 - Stół konferencyjny z mediaboxem, 5000 x 1400mm; SK6 - Stół konferencyjny 2400 x 1000 x 740mm; SK8 - Stół konferencyjny 2000 x 1000 x 740mm.

Zamawiający w zakresie stołów konferencyjnych o w/w symbolach wymagał aby:

„Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla."Firma S.M. nie złożyła wraz z ofertą wymaganych kart katalogowych dedykowanych do poszczególnych produktów, a jedynie kartę, w której połączono wszystkie stoły konferencyjne oraz dodano wspólne zdjęcia w/w produktów, nie dołączono również zdjęć poglądowych w/w stołów. W karcie katalogowej przedstawiono produkty nie spełniające parametrów opisu przedmiotu zamówienia tj. sposobu mocowania nóg, na których wsparte mają być blaty stołów konferencyjnych. Zamawiający wymagał aby: „kolumna nogi zewnętrznej ma być mocowana pod kątem 8° - brak takiego parametru może oznaczać, że nogi będą mocowane pod kątem prostym, co może osłabić wytrzymałość konstrukcji długich stołów konferencyjnych".Brak podanego wymiaru opisanego mediaboxu.Zamawiający wymagał, aby mediaboxy posiadały konkretnie wskazany wymiar tj. „Wymiar: 275 x 120 x 140 mm."W żadnym z tych przypadków wykonawca nie zadał pytania w zakresie tolerancji wymiarowej czy też kąta mocowania nóg stołów.

8. Produkty o symbolach:ST1 - Stolik 800 x 800mm; STS - Stół do pomieszczeń socjalnych, wymiar 1400 x 700 x 740mm - str 102 oferty.

Zamawiający w zakresie stołów konferencyjnych o w/w symbolach wymagał aby:

„Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla".Firma S.M. nie złożyła wraz z ofertą wymaganych kart katalogowych dedykowanych do poszczególnych produktów, a jedynie kartę, w której dwa stoły tj. ST1 oraz STS oraz dodano wspólne zdjęcia w/w produktów.W karcie katalogowej przedstawiono produkty nie spełniające parametrów opisu przedmiotu zamówienia tj. sposobu mocowania nóg, na których wsparte mają być blaty stołów. Zamawiający wymagał aby: kolumna nogi zewnętrznej ma być mocowana pod kątem 8° - brak takiego parametru może oznaczać, " że

11

nogi będą mocowane pod kątem prostym, co może osłabić wytrzymałość konstrukcji stołów. Podobnie wykonawca nie zadał pytania w zakresie dopuszczalnej tolerancji kąta mocowania nóg stołów.Ponadto brak jest w ofercie S. odrębnych kart katalogowych oraz potwierdzonych parametrów o kącie mocowania nóg.

9. Produkty o symbolach:SKD, SKŚ, SKM - sofa długa, sofa stolik, sofa mała –str100 oferty.

Zamawiający [zał. Nr 3 do aneksu 1] w zakresie sof o w/w symbolachwymagał aby:

„Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla".Firma S.M. nie złożyła wraz z ofertą wymaganych kart katalogowych dedykowanych do poszczególnych produktów, a jedynie kartę, w której sofy SKD, SKŚ i SKM są objęte wspólną kartą katalogową, na której nie są wskazane rysunki/zdjęcia poszczególnych sofa jedynie zdjęcia obrazujące dowolne zestawy sof Pena, producenta Bejot.

10. Produkt o symbolu tapczan-tapczan pojedynczy - str 98 oferty.

Zamawiający wymagał aby: „Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla". Firma S.M. złożyła kartę katalogową nie zawierającą żadnego rysunku/zdjęcia poglądowego produktu o tym symbolu.

11. Produkt o symbolu: RGAB1, RGAB- str 93 oferty.

Zamawiający wymagał aby: „Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego

parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla". Firma S.M. złożyła kartę katalogową wspólną dla dwóch produktów oraz zaoferowała produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia co można stwierdzić na podstawie zawartych zdjęć produktów nie posiadających jednopunktowych uchwytów. Ponadto Zamawiający wymagał aby: „W szafie mają być uchwyty jednopunktowe."

12. Produkt o symbolu: Siedziska szeregowe: ŁA3, ŁA4, ŁA5 - str 84 oferty
Zamawiający wymagał aby: „Wykonawca wraz z ofertą składa odrębną kartę katalogową produktu, na której będzie przedstawiony proponowany mebel oraz potwierdzone jego parametry (karta winna zawierać co najmniej wymagane w opisie parametry oraz zdjęcie w

12

formacie A5 lub większym), karta musi zawierać informację z nazwą/symbolem/numerem katalogowym mebla oraz nazwę producenta mebla". Firma S.M. złożyła kartę katalogową wspólną dla trzech produktów. Brak na niej zdjęć poszczególnych rodzajów zaoferowanych ławek.

13. Produkt o symbolu FI - Fotel obrotowy z siatkowym oparciem, baza czarna z tworzywa sztucznego - str 68 oraz 69 oferty

W karcie katalogowej przedstawiającej fotel obrotowy o symbolu FI zaoferowano fotel obrotowy z zagłówkiem, który jest produktem niezgodnym z opisem przedmiotu zamówienia, gdzie w żadnym z parametrów nie ma wskazania aby fotel posiadał zagłówek. Wskazana karta katalogowa prowadzi do złożenia przez firmę S.M. oferty wariantowej, która zgodnie z treścią SIWZ nie jest dopuszczalna w zakresie tego postępowania.

14. Kosz biurowy na śmieci: str 80 oferty

Firma S.M. przedstawiła wraz z ofertą produkt o symbolu kosz biurowy na śmieci, który jest niezgodny z wymaganiami w zakresie pojemności. Zgodnie z treścią Aneksu nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał aby oferowane kosze biurowe na śmieci z przeznaczeniem do pomieszczeń biurowych były „dopasowane do worków 30 - 40 litrów." Firma S.M. zaoferowała kosz na śmieci producenta P.P.. Kosz uchylny 30l, który jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, kosz ten jest w zakresie pojemności mniejszy o 10l w stosunku do wymagań stawianych przez Zamawiającego.

15. Próbnik tapicerki materiałowej:

Drugim błędnym dokumentem jest załączony do oferty próbnik tapicerki materiałowej. Zamawiający wymagał aby w przypadku foteli i krzeseł tapicerowanych Wykonawca złożył wraz z ofertą fabryczny próbnik tkanin: „Wykonawca wraz z ofertą musi przedstawić fabryczny próbnik tkaniny spełniającej parametry składu oraz ścieralności materiału min. 5 kolorów w tym odcień zieleni" W próbniku przedstawionym przez firmę S.M. zabrakło wymaganego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia koloru zielonego tj. próbnik tkaniny X., producent L..

Odwolujący stwierdził, że wskazane elementy oferty S.M. stanowią o jej niezgodności z SIWZ i tym samym, o zaistnieniu przesłanki do odrzucenia tej oferty. Nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego dotyczącą dopuszczalności zwrócenia się do wykonawcy S. o wyjaśnienia w zakresie zarzutów na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem przepis ten *in fine* wyraźnie wskazuje, iż niedopuszczalne jest co do zasady dokonywanie jakiegokolwiek zmian w treści oferty w ramach ww. wyjaśnień, wskazywane niezgodności są natomiast tej wagi, iż doprowadzenie oferty do zgodności z SIWZ nie może nastąpić bez wprowadzenia istotnych zmian w tej ofercie.

13

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przytoczył treść art. 92 ust. 1 Pzp i podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek jednoczesnego poinformowania wykonawców o odrzuceniu ich ofert, zwłaszcza, że dotyczy to pierwszego etapu badania i oceny ofert — tj. zbadania treści ofert. Zamawiający dopiero po ocenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu może wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających JEDZ. Tym samym - badanie i ocena ofert w zakresie merytorycznym - musi dotyczyć wszystkich wykonawców. Zamawiający nie może działać w taki sposób, że ofertę jednego wykonawcy w zakresie merytorycznym bada wcześniej, a innego

później. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą procedury odwróconej: Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 lub 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp podał, że zarzut ten związany jest z działaniem Zamawiającego, który w dniu 28/07/2017r. poinformował wykonawcę, że jest w trakcie dokonywania czynności badania i oceny oferty S.M., nie odnosząc się jednoznacznie do wskazanych przez Odwołującego na gruncie pisma-notatki z 25 lipca 2017 r. przesłanek warunkujących odrzucenie oferty S.M. i nie dokonując także wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym samym dniu 28 lipca 2017 r., Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty. Takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z art. 92 ust. 1 Pzp, który przewiduje, iż Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Treść tego przepisu do czasu nowelizacji ustawy w dniu 28 lipca 2016 r. wskazywała ponadto, iż zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty jednocześnie, o m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. Niemniej jednak nie ma podstaw, aby sądzić, iż na gruncie obecnego stanu prawnego nie obowiązuje zasada jednoczesnego informowania o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert innych wykonawców, ponieważ wynika ona pośrednio z ogólnych zasad Pzp, zawartych w art. 7 ust. 1 tej ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Niedokonanie tych czynności utrudnia jest umyślnym

14

działaniem Zamawiającego, mającym utrudnić Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie weryfikacji oferty S.. Dalej podał, że Zamawiający będzie twierdził, że zarzuty względem oferty S.M. są przedwczesne tylko po to, aby w przyszłości uniemożliwić skorzystanie ze środków ochrony prawnej Odwołującemu. Działanie to jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający umyślnie preferuje wykonawcę S.M. usiłując najpierw wyeliminować Odwołującego a następnie dokonać wyboru oferty S.M., w sytuacji, gdy nie będzie podmiotu mającego legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej. Podkreślił, że w przedmiotowym przypadku nie ma znaczenia, czy Zamawiający zastosował procedurę odwróconą, gdyż w procedurze odwróconej Zamawiający ma obowiązek zbadać wszystkie oferty w zakresie nie podlegania odrzuceniu zanim podejmie czynności w zakresie wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających JEDZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.K.S.M. z P. [wykonawca S. lub Przystępujący] - wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący w szczególności stwierdził, że Zamawiający słusznie zauważył, że szafa X. dostarczona przez Odwołującego zawiera po jednym spowalniaczu na froncie górnym oraz froncie dolnym, podczas gdy w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ wymagał, aby fronty szafy wyposażone były w spowalniacze, które zapewniają cichy i delikatny domyk — przy czym dla szaf wysokich 50H wymagane były 2 spowalniacze góra/dół, zaś dla szaf niskich, tj. 20H - jeden spowalniacz. Z literalnego brzmienia powołanego wyżej zapisu Załącznika nr 6 do SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że w przypadku szaf wysokich, każdy z jej frontów, tzn. zarówno front lewy, jak i front prawy, powinny być wyposażone w dwie sztuki spowalniaczy, jeden na górnym zawiasie i jeden na dolnym zawiasie, nie zaś jak to widzi Odwołujący - po jednym spowalniaczu dla frontu lewego i jednym dla frontu prawego. Rozwiązanie z jednym spowalniaczem na froncie lewym oraz jednym spowalniaczem na froncie prawym wymagane było jedynie w odniesieniu do szaf niskich, co również wynika z treści powołanego zapisu Załącznika nr 6 do SIWZ.

Umieszczenie dwóch spowalniaczy na froncie lewym oraz dwóch spowalniaczy na froncie prawym miało zapewnić ciche i delikatne domykanie się szafy. W jego ocenie, wymaganie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, zwłaszcza dla wykonawców, zajmujących się na co dzień produkcją mebli. Z tego też względu nie sposób podzielić argumentu Odwołującego, iż „złożenie próbki szafy zawierającej łącznie dwa spowalniacze było wyłącznie konsekwencją literalnego odczytania przedmiotowego postanowienia SIWZ”. Zwrócił ponadto uwagę, że w sytuacji, w której kwestionowane obecnie postanowienie SIWZ budziłoby rzeczywiście wątpliwości

15

interpretacyjne, to wówczas Odwołujący powinien był zwrócić się z zapytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 Pzp. Zaniechanie skorzystania z możliwości zadania pytania, w ocenie Przystępującego potwierdza tezę o jasności i jednoznaczności wymogów SIWZ odnoszących się do ilości spowalniaczy na frontach szafy. Nie zgodził się także z argumentacją o naruszeniu przez wymóg umieszczenia dwóch spowalniaczy na każdym z frontów szafy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zasady proporcjonalności. Nie wdając się w polemikę in meriti z przytaczanymi przez Odwołującego argumentami, mającymi rzekomo potwierdzać ww. tezę — argumenty te w ocenie Przystępującego obnażają skrajną niekompetencję i brak wiedzy Odwołującego z zakresu branży meblarskiej - podnieść jedynie należy, że tego typu zarzuty na obecnym etapie postępowania są spóźnione i niedopuszczalne. Zaskarżenie treści ogłoszenia o zamówieniu, czy też postanowień SIWZ jest zgodnie z treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1) możliwe w ciągu 10 dni od publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE. Nie podzielił również stanowiska Odwołującego w zakresie odnoszącym się do obowiązku wystosowania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia próbki szafy wysokiej, w sytuacji stwierdzenia, że próbka ta jest niezgodna z wymogami SIWZ, przed odrzuceniem oferty Odwołującego. Powołał się na orzecznictwo i podkreślił, że próbka może stanowić dokument przedmiotowy w ujęciu przepisu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i będzie wówczas podlegać uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji jej rolą jest umożliwienie zamawiającemu skonfrontowania postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w SIWZ właściwościami. Należy jednak zauważyć, że próbka może służyć również ocenie jakości określonych właściwości, stanowiąc kryterium oceny ofert. W takiej sytuacji trzeba ją uznać za element oferty niepodlegający uzupełnieniu (KIO 1496/13). Konieczne jest zatem każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy wzoru do oferty. Inny będzie status próbki, gdy był on wymagany wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno- jakościowego, czy jakościowego (np. oceny, czy oferowany system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności), a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty (niekompletnej) o brakujący element, co prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU jest w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione (KIO 1320/13).Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy stwierdził, że próbka mebli w postaci szafy wysokiej 50H stanowiła element

16

oferty niepodlegający uzupełnieniu - była podstawą oceny ofert w ramach kryteriów jakościowych. Zastosowanie w takim przypadku przepisu art. 26 ust. 3 Pzp prowadziłoby do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż sprowadzałoby się do uzupełnienia treści oferty w zakresie w jakim miałyby ona gwarantować wykonanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego (podobnie KIO 198/17).

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ i skorelowanego z nim zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, stwierdził, że również te zarzuty są chybione. Wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, w brzmieniu nadanym mu przez nowelizację Pzp z 2016 r., zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania o czynnościach wskazanych w

pkt 1—7. Obowiązek taki występował w stanie prawnym przez nowelizacją Pzp z 2016 r., gdzie zamawiający jednocześnie zawiadamiał wykonawców (a więc w jednym momencie) o wyborze danej oferty jako najkorzystniejszej oraz o ewentualnym wykluczeniu innych wykonawców bądź odrzuceniu niektórych ofert. Obecnie zamawiający informuje wszystkich wykonawców niezwłocznie o okolicznościach wskazanych w pkt 1-7, a zatem o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, lub o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Świadczy to o tym, że w ramach danego postępowania zamawiający może kilkakrotnie informować wykonawców - kolejno o poszczególnych dokonywanych przez siebie czynnościach, np. o wykluczeniu któregoś z wykonawców, potem o odrzuceniu oferty kolejnego wykonawcy, wykluczeniu innego wykonawcy, a na koniec dopiero o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wskazał na orzecznictwo KIO, w tym KIO 1040/17, w którym podano: że „ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś zamawiający nie ma już obowiązku

KIO jednoczesnego

informowania o tych czynnościach. Podobne stanowisko w wyroku 2313/16, w którym stwierdzono, że: „z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Natomiast z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 p.z.p. wynika, iż zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą”. Uwzględniając powyższe podkreślił, że Zamawiający uprawniony był do poinformowania o odrzuceniu oferty Odwołującego, bez równoczesnego informowania o wyniku badania oferty złożonej przez Przystępującego. Nieuprawnionym jest więc zarzut Odwołującego, że Zamawiający poprzez brak poinformowania o wyniku postępowania, czy też rzekome zwleknięcie z badaniem i oceną oferty Przystępującego ma na celu utrudnianie Odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie weryfikacji oferty Przystępującego. Działanie Zamawiającego

17

polegające na poinformowaniu o odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo niezakończenia procedury badania wszystkich złożonych ofert, jest działaniem zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa i w żaden sposób nie może być oceniane tak, jak to widzi Odwołujący. Skoro procedura badania oferty Przystępującego nie została zakończona, to brak jest także podstaw do zarzucania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ. Zarzut ten na tym etapie postępowania jest przedwczesny i nie powinien podlegać ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Sformułowanie przedmiotowego zarzutu i jego ewentualne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą będzie możliwe dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego czynności oceny oferty Przystępującego i zawiadomienia o wynikach tej oceny pozostałych wykonawców. Mając powyższe na względzie wniósł o oddalenie odwołania wykonawcy - F.M.B. M. sp. z o.o. w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w zakresie pozostałych podniesionych w nim zarzutów podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający – co podkreślał w toku rozprawy - w rozdziale 8 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazał, że:

„2A. Na zadanie nr 1 – meble, Wykonawcy składają ofertę:

„a) papierową tj. dokumenty określone w Rozdziale 4 SIWZ ust. 1 i 2 lit. a) - f) (...) - adres składania oferty ul. Staszica 15 pok.nr 3 (kancelaria)) w terminie określonym w Rozdziale 9 ust. 1 SIWZ,

b) ekspozycyjną tj. meble przeznaczone do oceny w kryterium „Jakość” - wymienione w Rozdziale 4 SIWZ ust. 2 lit. g) adres dostarczenia, wniesienia i ustawienia mebli: nowobudowany budynek Starostwa Powiatowego w Garwolinie ul. Mazowiecka, w terminie

określonym w Rozdziale 9 ust. 1 SIWZ.

Gotowe meble (przeznaczone do oceny w kryterium „Jakość”) wymienione w Rozdziale 4 SIWZ ust.2 lit. g), muszą być oznakowane w następujący sposób (...).

W rozdziale 11 pkt 1 specyfikacji wskazano na trzy kryteria oceny m.in. na kryterium jakość, które zostało opisane w pkt 2.1.3.1). Zgodnie z tym opisem w kryterium: „Jakość” wskazano na wybrane produkty (6 ze 102), podlegających ocenie, w tym sporną szafę

18

oznaczoną jako „X.” oraz podano: „1) Jakość obliczona będzie na podstawie przedstawionych do oferty mebli (oferta ekspozycyjna), opisanych w Rozdziale 4 SIWZ ust.2 lit.g) (...). Z kolei w powołanej powyżej lit. g) z rozdziału 4 specyfikacji podano: „g) Celem dokonania przez Zamawiającego oceny oferty w kryterium Jakość (J) do oferty Wykonawca musi dostarczyć gotowe niżej wymienione meble - w przypadku składania oferty przez Wykonawcę na zadanie nr 1 - Meble. Niżej wymienione gotowe meble wykonane zgodnie z szczegółowym opisem zamówienia - Załącznik nr 6 do SIWZ, muszą być oznakowane nazwą mebla i symbolem ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (...). W tym punkcie w uwadze 2 na str 29 podano:(...) Jeżeli dostawy nie będą odpowiadały wymaganiom Zamawiającego określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający obowiązany będzie do odrzucenia oferty na podstawie (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że niewątpliwie w tym postępowaniu na ofertę składa się zarówno jej część papierowa jak i ekspozycyjna obejmująca wybrane elementy techniczne – sześć produktów referencyjnych.

Odnosnie spornych spowalniaczy Izba w toku rozprawy potwierdziła, że ich zastosowanie oraz liczba - nie były oceniane w ramach opisanego kryterium „jakość”. Wymaganie tej funkcjonalności - w zakresie spornym - zostało opisane w załączniku nr 6 do specyfikacji [OPZ] – w punkcie VI str 26 [wybaldowane wymaganie minimalne] dla szafy o symbolu X. [szafa aktowa wysoka X.] w sposób następujący: „Dodatkowo fronty muszą być wyposażone w spowalniacze, które zapewniają cichy i delikatny domyk - dla szaf wysokich 50H wymagane są 2x spowalniacze góra/dół. Dla szaf niskich tj. 20H - 1x spowalniacz”. W tym punkcie front został zdefiniowany jako drzwi. Izba stwierdza także, że na drzwi, czyli front – miały składać się dwa skrzydła [odnośnie lewego sformułowano dodatkowe wymagania – miało być uzbrojone w elastyczną listwę przemykową], jednakże sporne wymagania nie zostało doprecyzowane w OPZ w odniesieniu do skrzydeł – lewego i prawego – ale tylko do frontu jako całości - bez wyodrębniania skrzydeł drzwi. Powyższe ustalenie wskazuje zatem, że wykonawca złożył w ramach ekspozycji szafę X. z wymaganym specyfikacją rozwiązaniem - zawierającą dwa spowalniacze w układzie góra/dół: jeden spowalniacz na froncie na górze (z prawej strony) i drugi spowalniacz na tym froncie na dole (z lewej strony). Zdaniem Izby, wykonawca miał prawo, co do spornej szafy, tak rozumieć postanowienie tego punktu, jak to zaprezentował w części ekspozycyjnej oferty dla SZA 1 odnośnie spowalniaczy. Izba ponownie podkreśla, że sporne wymagania nie zostało doprecyzowane w OPZ w kontekście i w odniesieniu do skrzydeł drzwi, ale tylko do frontu jako całości. Tym samym Izba nie zgodziła się z twierdzeniem podanym w Informacji

19

o odrzuceniu oferty, że z OPZ jednoznacznie wynikało, że z postanowienia: „każdy front szafy musi posiadać zamontowany spowalniacz na górze i na dole”, jednoznacznie wynikał dla frontu wymóg czterech (4x) spowalniaczy (po dwa na górze z lewej i prawej strony frontu i po dwa na dole – także z jego lewej i prawej strony). W tym przypadku szafę – w opisie wymagania - w jej przedniej części składał się jeden front i spowalniacze odniesiono do frontu, a nie do jego skrzydeł. Stąd nie jest oczywiste, że wyrażenie „2x spowalniacze góra/dół” miało oznaczać, że wymagane jest zamontowanie na froncie szafy 4 spowalniaczy. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie nie można dokonywać na etapie oceny ofert wykładni postanowienia specyfikacji ponad literalne brzmienie warunku, przenosząc na wykonawcę negatywne konsekwencje nieprecyzyjnych- niezgodnych nawet z oczekiwaniami zamawiającego - w konsekwencji wymagań. Izba zauważa także, że zastosowane przez

Odwolującego rozwiązanie nie było kwestionowane przez Zamawiającego, co do osiągnięcia zakładanej funkcji dla samozamykaczy: „zapewnienia cichego i delikatnego domyku”.

Izba rozstrzygając w tej sprawie miała na uwadze przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który Zamawiający - jak już podano powyżej - wskazał w specyfikacji w rozdziale 11 pkt 2.1na str 29 i jego zastosowanie, gdy dostawy nie będą odpowiadały wymaganiom określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Jednakże Izba zwraca uwagę, że wskazany art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp – [„ 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;”]- nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, tylko wówczas, jeżeli nie jest możliwe zastosowanie procedury naprawczej. Stosownie bowiem do ust.2 pkt 3 powołanego art. 87: ”2. Zamawiający poprawia w ofercie (...); 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...). Zamawiający w tej sprawie z jednej strony podkreślał część ekspozycyjną jako część oferty, ale z drugiej nie przedstawił jakie przedsięwzięł kroki, albo jakie okoliczności uniemożliwiały mu zastosowanie poprawienie omyłki niezgodności oferty w jej części technicznej związanej – jego zdaniem - z liczbą zastosowanych spowalniaczy. W tej sprawie niewątpliwie mógł też mieć zastosowanie art. 87 w pierwszej kolejności ust.1: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Ta procedura pozwoliłaby na ustalenie - w przypadku tej oferowanej szafy - techniki montażu spowalniaczy – co pozwoliłoby rozstrzygnąć w zakresie możliwości ich uzupełnienia do liczby – jak wynikało z ustaleń rozprawy - oczekiwanej przez Zamawiającego. Technika montażu jak wynikało z ustaleń w toku rozprawy była prosta. Polega ona bowiem na

20

nałożeniu i zaciśnięciu pełniącej w konsekwencji funkcję spowalniacza - blaszki. Podobnie prosta jest technika demontażu spowalniacza – naciśnięciu i zdjęciu tej blaszki. Powyższe odbywa się nie tylko bez konieczności wymiany szafy, ale nawet bez jej demontażu, w tym także drzwi. Także dołożenie dwóch takich elementów (blaszek na zawiasy) nie zmienia w żaden sposób jakości produktu, także nie wpływa istotnie na cenę jednostkową szafy i cenę całkowitą oferty. Koszt blaszki jest marginalny (od 5 zł do 10 zł) w stosunku do ceny całkowitej szafy (ca' 905 zł, która nie stanowi odrębnego kryterium) i ceny całkowitej oferty 1.738. 494 zł. Nawet bowiem w sytuacji gdy uzupełnienie o dwa dodatkowe spowalniacze dotyczyłoby 271 szaf (x2 dodatkowe blaszki do każdej szafy) przy założeniu kosztu 10 zł za jedną blaszkę, to podrażałoby to hipotetycznie całkowity koszt szafy o 20 zł (925 zł), a cenę oferty o 542 zł - to jest do kwoty 1.739.036 zł, podczas gdy w drugiej z konkurencyjnych ofert - Przystępującego - wykonanie zamówienia oferowane jest za cenę 1.815. 540 zł.

W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

W odniesieniu do oferty Przystępującego S. zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przede wszystkim nie mógł być przedmiotem rozpatrywania przez Izbę i tym samym kwestia jego zasadności nie mogła być objęta rozstrzygnięciem Izby. Przede wszystkim procedura oceny oferty tego wykonawcy nie została zakończona, co potwierdziły podejmowane w stosunku do tej oferty przez Zamawiającego czynności [począwszy od dnia 27.08.2017 r.], a mianowicie:

pismem z 27/07/2017 wezwał wykonawcę do złożenia uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 dokumentu: pkt 1-7 pisma oraz w drugiej części do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4: pkt 1-9; Wykonawca S. w odpowiedzi do tego pisma [pismo z 31/07/2017 - data złożenia 02.08.2017r.] w zakresie żądanym - przedłożył uzupełnienia i złożył wyjaśnienia.

pismem z 02/08/2017 wezwał wykonawcę - na podstawie art. 26 ust. 3 - o uzupełnienie próbnika tkaniny; Taki próbnik przedstawiono przy piśmie z 07.08.2017 r. [data złożenia 08.08.2017r.].

Powyższe okoliczności potwierdzają, że trwa proces oceny ofert. Aktualnie brak jest rozstrzygnięcia w przedmiocie wyniku postępowania, a w przypadku dokonania takiej czynności Odwołujący będzie mógł zdecydować o ewentualnym skorzystaniu ze środków

ochrony - po dokonaniu przez Zamawiającego czynności oceny oferty Przystępującego, także i jego oferty [o ile Zamawiający nie skorzysta z prawa do zaskarżenia orzeczenia Izby] i po zawiadomieniu o wynikach tej oceny wykonawców.

21

Odnosnie pozostałych zarzutów związanych z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała te zarzuty za niezasadne, albowiem tak jak podnosiła strona zamawiająca [Przystępujący i Zamawiający] zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, w jego aktualnym brzmieniu nadanym mu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 r., zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania o czynnościach wskazanych w pkt 1—7. Obowiązek taki występował w stanie prawnym przed nowelizacją Pzp z 2016 r., zgodnie z którym zamawiający jednocześnie zawiadamiał wykonawców (a więc w jednym momencie) o wyborze danej oferty jako najkorzystniejszej oraz o ewentualnym wykluczeniu innych wykonawców bądź odrzuceniu tak zakwalifikowanych ofert. Obecnie zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców niezwłocznie o okolicznościach wskazanych w pkt 1-7, a zatem o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, lub o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, jednakże z przepisu tego nie wynika, że taka ocena ma być dokonana w tym samym czasie w stosunku do każdej z ofert. To oznacza, że w ramach danego postępowania zamawiający może kilkakrotnie informować wykonawców - kolejno o poszczególnych podejmowanych decyzjach np. o wykluczeniu danego wykonawcy, potem o odrzuceniu oferty kolejnego wykonawcy, wykluczeniu innego wykonawcy, a na koniec dopiero o wyborze oferty najkorzystniejszej. Stosowanie w postępowaniu procedury odwróconej nie wpływa, co do zasady na obligatoryjne jednoczesne informowanie wykonawców o wykonawcach wykluczonych czy też o odrzuconych ofertach.

W stanie faktycznym tej sprawy, możliwe było najwcześniejsze poinformowanie Odwołującego o podstawie odrzucenia jego oferty z uwagi na ustaloną podstawę faktyczną odrzucenia – brak spełnienia tylko jednego z parametrów – dostrzeżoną i zakwalifikowaną jako wadliwość oczywistą nie wymagającą pogłębionej analizy. W przypadku oferty konkurencyjnej Odwołujący zarzuty w części technicznej oferty sformułował do 15 produktów, o których poinformował już w pierwszym z pism z dnia 25/07/2017, co niewątpliwie wymagało szerszej i dłuższej w czasie analizy, na co wskazują podejmowane czynności w stosunku do tej oferty. Ekonomia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie uzasadnia bieżące informowanie o wyniku podjętych decyzji do danej oferty, w tym przypadku do oferty Odwołującego. Izba zauważa także, że z informacji skierowanej do wnoszącego odwołanie wykonawcy wynikały inne zauważone braki, co do których wyjaśnienia (uzupełnienia) Zamawiający – jak podał - odstąpił z uwagi na przepis art. 26 ust.3 Pzp, związany z przyjętą podstawą odrzucenia oferty.

Wobec powyższych ustaleń, także za niezasadny należało uznać podnoszony w odwołaniu w zw. z art. 92 ust.1 ustawy Pzp zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, jako pochodnej zarzutów powyżej wskazanych, a uznanych za niezasadne.

22

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.).

23