

Sygn. akt:KIO 321/21  
KIO 346/21

**WYROK**  
z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik**  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez:

**A. V. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie, sygn. KIO 321/21;**

**B. Lucjan spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim, sygn. KIO 346/21;**  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej**,  
przy udziale:

A. Wykonawcy **Lucjan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 321/21 **po stronie Zamawiającego**, w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

B. Wykonawcy **FULL – MED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 321/21 oraz o sygn. akt 346/21, **po stronie Zamawiającego**.

C. Wykonawcy **V. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 346/21 **po stronie Zamawiającego**, w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**orzeka:**

1.

A. Oddala odwołanie odwołującego V. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. KIO 321/21).

B. Oddala odwołanie odwołującego Lucjan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim (sygn. KIO 346/21).

2. Kosztami postępowania obciąża: odwołującego V. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. KIO 321/21) oraz odwołującego Lucjan spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim (sygn. KIO 346/21) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) w tym kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego V. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. KIO 321/21) oraz kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) odwołującego Lucjan spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim (sygn. KIO 346/21), tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od odwołującego V. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. KIO 321/21) na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej kwotę 3 949 zł 53 gr (trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika; zasądza od odwołującego Lucjan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim (sygn. KIO 346/21) na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej kwotę 3 949 zł 53 gr (trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt:KIO 321/21  
KIO 346/21

**Uzasadnienie**

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę mebli i wyposażenia do budynku Białskiej Onkologii, nr ZP.3520/75/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 230-566221.

**KIO 321/21**

W dniu 1 lutego 2021 r. wykonawca V. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” V. W. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący BOVI”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego BOVI mimo, iż jej treść odpowiadała warunkom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz była zgodna z obowiązującymi przepisami prawa,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FULL-MED spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej FULL-MED), mimo iż została złożona przez osobę nieuprawnioną do samodzielnej reprezentacji spółki, a mimo wezwania, ww. wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego umocowanie w odpowiedniej formie oraz mimo jej niezgodności z treścią SIWZ.
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez FULL-MED, mimo że ww. oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący BOVI zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego BOVI mimo, iż nie zawierała ona błędów w obliczeniu ceny,

- 2)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem Oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiadała treści SIWZ,
- 3)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w jawnym faworyzowaniu wybranego w toku postępowania Oferenta i bezkrytycznym zaakceptowaniu jego oferty przy jednoczesnej, drobiazgowej i restrykcyjnej ocenie pozostałych ofert, skutkującej finalnie ich odrzuceniem,
- 4)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. w zw. z art. 104 i 103 kc w zw. z art.78<sup>1</sup> § 1 kc, art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiający się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez FULL-MED niezgodnie z zasadami reprezentacji spółki
- 5)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania firmy FULL-MED do szczegółowych wyjaśnień istotnych rozbieżności i nieścisłości w treści złożonej oferty, której literalna treść wskazuje, iż nie odpowiada ona treści SIWZ,
- 6)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT, zarzut podniesiony z ostrożności,
- 7)art. 87 ust. 2 pkt. 2 lub 3 ustawy Pzp przez odstąpienie od poprawienia omyłki rachunkowej w treści oferty odwołującego. Nawet bowiem uznanie 8% stawki procentowej VAT za jedynie poprawnej, wobec wyraźnego określenia w treści SIWZ, iż za wiążące uznaje ceny jednostkowe brutto, które powinny zawierać wszelkie koszty i podatki, możliwe było, w ramach korekty rachunkowej, ustalenie poprawnej ceny netto, zarzut podniesiony ewentualnie i z ostrożności.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący BOVI wniósł o:

- 1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze w dniu 22 stycznia 2021 r. oferty FULL-MED jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego BOVI, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego BOVI,
- 3)o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty FULL-MED jako niezgodnej z treścią SIWZ i wskazanymi w treści odwołania przepisami ustawy.

Jako żądanie ewentualne Odwołujący wniósł o:

- 1)ponowne wezwanie Odwołującego BOVI do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT oraz parametrów oferowanych krzeseł, oraz firmy FULL-MED, co do wątpliwości wskazanych w pkt. V uzasadnienia odwołania, to w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

ewentualnie, w przypadku nie podzielenia argumentacji wskazującej na poprawność podania podstawowej stawki VAT o:

- 2)zobowiązanie Zamawiającego do dokonania poprawienia omyłki rachunkowej z uwzględnieniem wynikających stąd konsekwencji, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i przeliczenie ceny oferty Odwołującego BOVI z zastosowaniem preferencyjnej stawki podatkowej.

Ponadto Odwołujący BOVI wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego BOVI kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego, według przedłożonego podczas rozprawy rachunku lub spisu kosztów.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący BOVI wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący BOVI wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia zarzutów, oferta Odwołującego BOVI zostanie przywrócona do postępowania i dalszej oceny, w wyniku której dojść może - w ocenie Odwołującego w stopniu granicznym z pewnością - do zawarcia umowy objętej przedmiotowym postępowaniem. Jeżeli Zamawiający nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego, uplasowałaby się ona na pierwszym miejscu w rankingu ofert, wg. wartości punktowej określonej w SIWZ. Ponadto Odwołujący BOVI wskazał, że posiada także interes w samym odrzuceniu oferty złożonej przez FULL-MED, bez unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego BOVI co, z uwagi na brak innych ofert, skutkować musi unieważnieniem postępowania. W tym zakresie Odwołujący BOVI powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 24 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1609/18.

Następnie Odwołujący BOVI wyjaśnił, że pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FULL-MED. Treścią ww. pisma Zamawiający jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego BOVI, a także oferty wykonawcy Lucjan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Solcu Kujawskim oraz ofertę złożoną przez Tronus Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Jako przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego BOVI, Zamawiający wskazał:

- a)podanie „nieprawidłowej” w ocenie Zamawiającego stawki VAT dla pozycji nr 1235 formularza cenowego - numer załącznika 4.36 (parawan jednoskrzydłowy) oraz pozycji nr 1234 formularza cenowego - numer załącznika 4.37 (stojak do kroplówek). Ruchomości te zarejestrowane są jako wyroby medyczne przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej: URPLW MiPB), stąd też są objęte obniżoną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Powyższe w ocenie Zamawiającego determinowało podanie w kosztorysie ofertowym preferencyjną stawkę podatku VAT,
- b)zaoferowanie krzeseł AMIGO, których parametry w ocenie Zamawiającego nie są zgodne z treścią SIWZ - załącznik nr 4.23 (krzesło socjalne). Zamawiający wymagał, by szerokości siedziska wynosiła 530mm +/-5mm. Wykonawca jako szerokość oferowanego produktu podał wartość „529 mm”. Zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego informacjami, szerokość ta wynosi jednak 460 mm, co jest niezgodne z treścią załącznika nr 4.32 do SIWZ.

Odwołujący BOVI wskazał ponadto, że nieprawidłową w ocenie Zamawiającego stawkę VAT dla części dostaw przyjęła także firma Tronus Polska Sp. zoo, która w cenie foteli do pobrań, kozetki lekarskiej, stojaka do kroplówek oraz wózka zabiegowego także uwzględniła stawkę 23 %. Natomiast z podobnych przyczyn, jak wskazane w pkt b) odrzucono ofertę wykonawcy Lucjan, który także, m.in. zaferował krzesło AMIGO, o ww. wymiarach.

Odwołujący BOVI wskazał, że nie zgadza się z ww. decyzją, ponieważ w jego ocenie treść zalegającej w aktach postępowania korespondencji jednoznacznie potwierdza, iż złożona przez niego oferta jest poprawna, tak pod względem formalnym, jak i merytorycznym. Odwołujący BOVI zwrócił ponadto uwagę, że w jego ocenie FULL-MED popełnił szereg błędów i uchybień w swojej ofercie, które nie tylko podważają prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny, ale także, potwierdzają, iż w toku postępowania doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tak skrupulatna i restrykcyjna analiza wszystkich ofert powinna w ocenie Odwołującego BOVI doprowadzić do unieważnienia postępowania.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego BOVI mimo, iż jej treść odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 4 stycznia 2021 r. został wezwany do wyjaśnień parametrów zaoferowanych mebli i wyposażania. W szczególności Zamawiający zażądał wskazania m.in. rozbieżności między wymiarami zadeklarowanymi przez Odwołującego BOVI w treści oferty, a wymiarami wynikającymi z ogólnie dostępnych

informacji dotyczących mebli zaoferowanych w załączniku nr 4.23 (pkt 8 wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r.), żądając wyjaśnienia dlaczego szerokość siedziska została określona jako 670 mm, podczas gdy z ogólnie dostępnych informacji wynika, iż szerokość ta wynosi 460 mm, oraz dlaczego jako głębokość siedziska podano 476 mm, podczas gdy z ogólnie dostępnych informacji wynika, że głębokość wynosi 460 mm. Jak wyjaśnił Odwołujący BOVI, Zamawiający dostrzegł także rozbieżności w parametrach mebli wskazanych krzesła Samba (Załącznik nr 4.08), zbieracza jezdnego (Załącznik nr 4.21), zbieracza odpadów (4.22) oraz wózka zabiegowego (4.38).

Odwołujący BOVI wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie do wyjaśnień, potwierdził poprawność danych wpisanych do załącznika nr 4.23. Jakkolwiek powodem odrzucenia Oferty Bovi była tylko rzekoma niezgodność co do parametrów opisanych w załączniku nr 4.23 (pkt. 2.1.2 Informacji o wyborze...), to jednak nie bez znaczenia zdaniem Odwołującego BOVI jest - po pierwsze, szczegółowość weryfikacji jego oferty, po wtóre, na mechanizm powstania błędu, tj.: niezręczność informacji podawanych w sieci Internet oraz brak zdefiniowania w treści SIWZ, co Zamawiający rozumie pod podjęciem „szerokość” lub „głębokość mebla”.

Odwołujący BOVI wskazał następnie, że Zamawiający uznał złożone przez niego wyjaśnienia za wystarczające i wiarygodne, jednak zdecydował się na odrzucenie jego oferty z uwagi na fakt, że w odpowiedzi na przesłane samodzielnie do producenta mebli zapytanie otrzymał informację, iż ww. krzesła AMIGO produkowane są „wyłącznie” w rozmiarze takim, jak w przesłanej zamawiającemu karcie. Z treści karty wynika, iż szerokość siedziska wynosi 460 mm

Dowód: Znajdująca się w aktach postępowania korespondencja e-mail z dnia 15 stycznia 2021 r.

Odwołujący BOVI wskazał, że na przesłanej Zamawiającemu karcie znajduje się rysunek, z którego wynika, iż szerokość siedziska wynosi 529 mm, a głębokość - 476 mm. Wymiary te są zgodne z treścią SIWZ. Dołączona do karty katalogowej krzesła grafika wskazuje, że pod podjęciem „Szerokość siedziska” o którą dopytywał Zamawiający, producent rozumie wyłącznie element polipropylenowy, mierzony od wewnętrznej strony mebla. Zewnętrzny rozmiar siedziska, jak wynika z grafiki, jest większy, i zgodny z SIWZ. Odwołujący BOVI podkreślił, że Zamawiający nie wskazał nigdzie, tj. ani bezpośrednio w treści SIWZ, ani w załącznikach technicznych, który wymiar należy podać i co rozumie pod podjęciem „szerokość” i „głębokość”. Odwołujący BOVI wskazał, że ww. nazwami Zamawiający posługiwał się zamiennie, bądź to odnosząc się do wewnętrznego, bądź zewnętrznego pomiaru mebla. (Tytułem przykładu Odwołujący BOVI wyjaśnił, że dopytując o model krzesła AMIGO, Zamawiający zamiennie używał pojęcia „głębokość” i „głębokość siedziska”.)

Odwołujący BOVI wskazał, że w powszechnie stosowanej nomenklaturze meblowej pojęcie „siedzisko” i „krzesło” często stosowane są zamiennie. „Siedzisko”, definiowane zgodnie ze słownikiem języka polskiego, to „mebel przeznaczony do siedzenia”, więc szerokość „siedziska” utożsamiana jest z szerokością całego mebla, na które de facto składa się (w przypadku krzesła bez podłokietników), jedynie siedzisko.

Odwołujący BOVI wyjaśnił, że przed złożeniem oferty przedstawił producentowi - Nowy Styl, m.in. kartę katalogową nr 4.23, i Producent - znając wymagania Zamawiającego, jako jedyny produkt spełniający kryteria w niej podane, wskazał krzesło AMIGO. Potwierdza to, iż także producent ww. krzesła w ten sposób zinterpretował warunki stawiane przez Zamawiającego. Co więcej, także i drugi z wykonawców, biorących udział w postępowaniu, tj. wykonawca Lucjan, zaproponował dostawę krzesła AMIGO, co wskazuje na poprawny sposób interpretacji treści SIWZ co do sposobu liczenia wymiarów.

Odwołujący BOVI podkreślił, że mimo szczegółowej weryfikacji dostępnych na rynku produktów, nie znalazł mebla, który spełniałby kryteria podane w SIWZ, rozumiane w sposób zaproponowany przez Zamawiającego. Produkt o ww. wymiarach, liczonych „od wewnątrz”, nie istnieje. Wątpliwości Odwołującego BOVI w tym zakresie budzi oferta złożona przez firmę FULL-MED, która nie przedstawiła kart katalogowych producenta, a informacje podane w złożonych przez nią dokumentach nie poddają się weryfikacji w powszechnie dostępnych źródłach wiedzy - tak wśród dostawców, jak i w sieci Internet.

Z ostrożności Odwołujący BOVI podkreślił, iż powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy. Wykluczenie go z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału może nastąpić wyłącznie na podstawie jasno brzmiących postanowień ogłoszenia i specyfikacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 985/18). A contrario, przy niejednoznacznym zapisie co do cechy produktu, zaproponowany przez wykonawcę produkt należy uznać za zgodny z treścią SIWZ.

Uzasadnienie zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem Oferty Odwołującego mimo, iż nie zawierała ona błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący BOVI nie zgodził się ponadto z oceną Zamawiającego, iż złożona przez niego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący BOVI wskazał, że zarówno podana przez niego globalna wartość dostaw (cena oferty), jak i jej elementy składowe, zostały obliczone z należytą starannością, na podstawie cen i warunków dostaw obecnie obowiązujących w branży. Odwołujący BOVI wskazał, że działa na rynku od września 2000 r. i posiada ponad dwudziestoletnie doświadczenie w realizacji dostaw mebli do obiektów użyteczności publicznej, w tym mebli szpitalnych i laboratoryjnych. Firma posiada także wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (referencje) oraz zasoby pozwalające na poprawne wykonanie dostaw. Odwołujący BOVI wskazał, że sposób przeprowadzenia przetargu, który uważa za skrajnie faworyzujący jedną z firm, uniemożliwił mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący BOVI podkreślił, iż:

-wymagany przez Zamawiającego formularz cenowy zawierał 1235 pozycji (35 stron tabel), w których konieczne było precyzyjne podanie cen jednostkowych wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia,

-wraz z ofertą Zamawiający wymagał podania nazw i opisu kluczowych cech (funkcjonalności) wszystkich produktów składających się na przedmiot zamówienia, wymienionych w 39 formularzach produktów przygotowanych przez Zamawiającego,

-w związku z pilną potrzebą udzielenia zamówienia, Zamawiający z mocy art. 43 ust. 2b pkt. 2) ustawy Pzp, wyznaczył termin składania ofert krótszy niż termin określony w art. 43 list. 2 ustawy Pzp., co istotnie skróciło nie tylko termin na przygotowanie oferty, ale przede wszystkim termin na zadawanie pytań,

- Zamawiający nie odpowiadał na zadane przez Odwołującego BOVI pytania, nawet te składane w terminie. Zamawiający odpowiedział wyłącznie na pytania przesłane po pierwszej weryfikacji SIWZ, bezpośrednio po publikacji ogłoszenia, tj. w dniu 27.11.2020 r. Nie udzielono odpowiedzi na pytania z dnia 1 grudnia 2020 r. oraz z dnia 10.12.2020 r. jedynie po przesłaniu pytań z dnia 09.12.2020 r., które wskazywały na sprzeczność w treści SIWZ, dokonano odpowiednich korekt. Z uwagi na powyższe, Odwołujący BOVI podjął decyzję o zaniechaniu kierowania dalszych pytań co do wymagań SIWZ, w tym - co do stawki podatku VAT, zwłaszcza, że problem z jej ustaleniem dostrzeżony został po upływie niezwykle krótkiego jak na taki przedmiot zamówienia, kilku dniowego terminu na składanie pytań (pomimo późniejszego wydłużenia terminu na składanie ofert, termin na zadawanie pytań, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie uległ zmianie).

W takim kontekście sytuacyjnym, zastosowanie przez Odwołującego BOVI z ostrożności 23% stawki podatkowej dla dwóch elementów dostaw, wydzielonych w formularzu cenowym jako pozycje „dodatkowe”, nie może być poczytywany za uchybienie. Czas wyznaczony na przygotowanie oferty oraz brak współpracy ze strony Zamawiającego zmusił Odwołującego BOVI do przyjęcia stawki bazowej, której zastosowanie - według przepisów prawa podatkowego, nie

jest traktowane jako „nieprawidłowość” i nie wiąże się z żadnymi negatywnymi konsekwencjami ani dla wystawcy faktury VAT, ani dla nabywcy. Natomiast tylko i wyłącznie ustalenie, że wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT, co, w ocenie Odwołującego BOVI, nie miało miejsca w tym postępowaniu, w zakresie kwestionowanych przez odwołującego dwóch pozycji dostaw, stanowiłoby bezwzględną przesłankę odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Następnie Odwołujący BOVI wskazał, że treść SIWZ nie podawała stawki podatku VAT dla żadnego z elementów składających się na przedmiot dostawy, dlatego stawka ta, dla każdej pozycji odrębnie, musiała zostać określona samodzielnie przez Wykonawców. Nie można jednak, w ocenie Odwołującego BOVI, zgodzić się z postawioną przez Zamawiającego tezą, iż w każdym, przypadku, w którym dana ruchomość jest „Zarejestrowana jako wyrób medyczny oraz posiada wpisy do URPLW MiPB” jest objęta obniżoną stawką podatku VAT 8%, i jak się wydaje, tylko taka może być stosowana.

Zdaniem Odwołującego BOVI możliwość zastosowania stawki preferencyjnej zależy po pierwsze, od poprawnego udokumentowania na dzień wystawienia faktury, prawa do obniżenia wysokości podatku, po wtóre, od upewnienia się, że nie zachodzą żadne okoliczności towarzyszące, które wyłączają możliwość skorzystania z zastosowania stawki niższej. Tego rodzaju przypadki występują, jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje jedną kompleksową dostawę, a nie kilka osobnych transakcji. Dlatego też Wykonawca, dla każdego wyrobu medycznego, stawkę tą ustalał indywidualnie, gdyż brak jest jednolitej i utartej praktyki w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący BOVI wskazał, że część dystrybutorów, do których zwrócił się z prośbą o złożenie oferty na dostawę części elementów składających się na przedmiot zamówienia, dla parawanów i stojaków przyjęła stawkę podatkową VAT 23%. Nie wzbudziło to jego podejrzeń, gdyż w przypadku stojaków do kroplówek Zamawiający wymagał zastosowania głowicy na 2 haczyki ze stali kwasoodpornej gat. 0H18N9, co stanowi pewną modyfikację podstawowego modelu (znajdująca się na stojaku głowica jest elementem dodatkowym). W przypadku wyposażenia dodatkowego do sprzętu medycznego stawka VAT wynosi 23%.

Ponieważ bezpośredni producent jedyne stojaka na kroplówki, który spełniał parametry wymagane przez Zamawiającego w toku prowadzonej z nim korespondencji odmówił bezpośrednio realizacji dostaw oraz podania szczegółowych informacji odnośnie produktu, w tym cen netto i brutto, Odwołujący BOVI korzystał z wszelkich innych dostępnych źródeł - w tym informacji udostępnianych przez dystrybutorów, i z ostrożności podał stawkę VAT 23%, zwłaszcza, że część sprzedawców oferuje parawany i stojaki z 23% stawką VAT, stąd też w przypadku zakupu ww. produktu bez stawki preferencyjnej, wykonawca z taką samą stawką podatku ww. ruchomości powinien odsprzedać. Dalsza redystrybucja po cenie niższej niż cena zakupu z uwagi na różnice podatkowe byłaby działaniem na szkodę firmy.

Odwołujący BOVI wskazał, że liczne sklepy internetowe, jak i bezpośredni dostawcy, oferowali natomiast realizację zamówień z 23 % stawką podatku VAT. Odwołujący miał zatem słuszne i uzasadnione wątpliwości co do prawidłowej stawki podatku VAT. Wątpliwości te wynikają zarówno z tego, że przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe wyposażenie obiektów, jednak część elementów wskazanych w kosztorysie „samodzielnie” jest wartościowym produktem, mogącym stanowić odrębnie przedmiot dostawy. Co więcej, jakkolwiek ustawową stawką podatku VAT dla oferowanych, spornych dostaw, jest stawka 8%, bowiem zamówienie dotyczy wyrobów medycznych, to jednak powszechnie na rynku ww. towary są oferowane ze stawką procentową 23%. Ponadto Odwołujący BOVI wyjaśnił, że ww. stojak na kroplówki, nie jest produktem jednorodnym, gdyż posiada dodatkową głowicę na 2 haczyki, przez co także może podlegać innym zasadom opodatkowania. Stojaki oraz parawany zostały także odrębnie wydzielone przez Zamawiającego z treści kosztorysu, co mogło sugerować inne ich przeznaczenie i inne miejsce dostawy towaru. Z uwagi na powyższe, nie mając kontaktu z Zamawiającym, który nie odpowiadał na zadawane pytania, oraz mając bardzo krótki czas na przygotowanie oferty [nie pozwalającej na szczegółową weryfikację dostępności, cen, parametrów i stawek podatkowych dla wszystkich pozycji kosztorysu], Odwołujący BOVI, w zakresie tych dwóch dodatkowych elementów, podjął decyzję o ostrożnym zastosowaniu stawki podatkowej.

Odwołujący BOVI wskazał, że w uzasadnieniu decyzji co do wyboru stawki podatkowej zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o VAT, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W myśl art. 8 przywołanej powyżej ustawy przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. Z przepisu art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, że stawka podatku wynosi 23%, z zastrzeżeniem powołanych w niej paragrafów, stanowiących wyjątek od reguły. Stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług obniża się do wysokości 8% między innymi wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Odwołujący BOVI wyjaśnił, że z uwagi na to, iż obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy, winny mieć zastosowanie do usług wskazanych wprost w ustawie o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać ani rozszerzać na przypadki w niej niewymienione. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być zatem ustalona w sposób niebudzący wątpliwości. W ocenie Odwołującego BOVI, brak możliwości jednoznacznego wykazania istnienia, w okolicznościach niniejszej sprawy, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu i zakresu dostaw opisanego w SIWZ, podstaw do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, uprawniało Odwołującego BOVI do zastosowania stawki podstawowej, dla wszystkich bądź części oferowanych wyrobów medycznych - zwłaszcza, że głównym przedmiotem zamówienia była dostawa mebli i wyposażenia, nie zaś wyrobów medycznych jako takich.

Podstawową stawką podatku od towarów i usług jest stawka 23% i w ocenie Odwołującego BOVI, na kanwie przepisów podatkowych, jej stosownie nigdy nie jest błędem.

Odwołujący BOVI wskazał, że stosownie do art. 108 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, który stanowi, że w przypadku, gdy podatnik wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku wyższą od kwoty podatku należnego, to ma obowiązek zapłacić podatek w wyższej wysokości, bez negatywnych konsekwencji - tak dla podmiotu wystawiającego fakturę, jak i nabywcy towaru. Potwierdza to wydana na zlecenie Odwołującego opinia prawno-podatkowa przez doradcę podatkowego mgr S. C. Wystawiona w ten sposób faktura jest merytorycznie i formalnie poprawna i nie musi być korygowana, nawet, jeżeli rzeczywiście wystawcy przysługiwałoby prawo do zastosowania stawki preferencyjnej.

Dowód: Opinia prawno podatkowa - co do stwierdzenia faktu prawności obliczenia ceny w dokumencie oferty.

Odwołujący BOVI wskazał na pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym korzystanie ze stawek preferencyjnych nie jest obowiązkiem wykonawcy lecz uprawnieniem i wobec tego, że stawka VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową, zawsze w razie wątpliwości, można z niej skorzystać. W tym zakresie Odwołujący BOVI wskazał na wyroki Izby z dnia 24 marca 2016 r. sygn. akt KIO 349/16 oraz dnia 31 marca 2014 r., sygn. akt, KIO 489/14.

Ponadto w ocenie Odwołującego BOVI nie zostało wykazane, iż zastosowana przez dwóch wykonawców przy obliczeniu ceny oferty, stawka podatku VAT w wysokości 23 % jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami, a przy tym iż narusza przepisy prawa podatkowego. W ocenie Odwołującego BOVI, tylko błędna stawka

podatku, rozumiana jako stawka niższa niż należna, może być uznana za błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty. W takim przypadku wykonawca zaniża bowiem rzeczywiste koszty transakcji. W związku z tym Zamawiający nie powinien odrzucać ofert, w których przy obliczeniu ceny została zastosowana stawka podatku VAT w wysokości podstawowej, gdyż wówczas koszty obliczone są ostrożnie, w wysokości wyższej niż możliwe do poniesienia, jeżeli pomimo tak ostrożnego szacowania oferta wykonawcy dalej jest najtańszą (najkorzystniejszą) w ramach ustanowionych kryteriów wyboru, nie ma żadnych racjonalnych i logicznych argumentów dla jej odrzucenia.

Odwołujący BOVI wskazał, że ratio legis wprowadzenia do ustawy pzp art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, którym jest zagrożony w razie błędnego obliczenia ceny oferty. Uznanie „błędnej” stawki podatku od towarów i usług za błąd w obliczeniu ceny ma za zadanie ochraniać uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych i przez nieuprawnione przyjęcie stawek preferencyjnych oferować produkty po cenie niższej niż należna. Co więcej, jak wskazał Odwołujący BOVI, powołując się na orzecznictwo Izby, posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką podatku od towarów i usług, godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp i zmniejsza należne wpływy do budżetu. A contrario jednak, posłużenie się podstawową stawką podatku VAT, w sytuacji, gdy zastosowanie mogłoby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w tak zakreślonym ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W kontekście powyższego, zdaniem Odwołującego BOVI jego ofertę uznać należy za prawidłową.

Uzasadnienie zarzutu naruszenie art.7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. w zw. z art. 104 i 103 kc w zw. z art.781 § 1 KC, art. 10 a ust. 5 d.Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiający się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez FULL-MED niezgodnie z zasadami reprezentacji.

Odwołujący BOVI wskazał, iż zgodnie z pkt. VIII C ust. 4 SIWZ, wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą „pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i do zawarcia umowy, jeżeli wykonawcę reprezentuje pełnomocnik (w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym).”

W pkt. III ust 11 SIWZ natomiast Zamawiający wymagał, iż „Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.”

Powołując się na ww. zapisy SIWZ, które nie zostały zmienione w toku postępowania ani zakwestionowane przez żadnego z wykonawców, Odwołujący BOVI wskazał, że oferta złożona przez FULL-MED podpisana została samodzielnie przez Pana J. S. - Członka Zarządu ww. Spółki, który w ocenie Odwołującego BOVI nie był uprawniony do samodzielnej reprezentacji. Odwołujący BOVI odwołał się do treści wpisów w dziale II Odpisu pełnego KRS prowadzonego dla ww. podmiotu, z którego wynika, że do składania oświadczeń w imieniu FULL-MED jest uprawniony każdy Członek Zarządu samodzielnie, zaś do rozporządzania prawem lub zaciągania zobowiązań do świadczenia o wartości przekraczającej kwotę 1.200.000,00 zł (jeden milion dwieście tysięcy złotych) uprawnionych jest dwóch członków zarządu działających łącznie lub członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Oferta złożona przez FULL-MED opiewała na kwotę 2 687 714,13 zł, a zatem konieczna była w ocenie Odwołującego BOVI reprezentacja łączna co najmniej dwóch osób.

Odwołujący BOVI wskazał, że powyższy brak dostrzegł Zamawiający, który pismem z dnia 4 stycznia 2021 r. (znak ZP.MM.3520/75-81/20(26)) wezwał Wykonawcę do przedłożenia wymaganego w rozdziale VIII C ust. 4 SIWZ pełnomocnictwa, wystawionego dla Pana J. S. do reprezentowania w postępowaniu i do zawarcia umowy. Zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, iż pełnomocnictwo powinno zostać złożone w formie elektronicznej i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jednocześnie, Zamawiający w treści ww. pisma poinformował, że „oferta ww. Wykonawcy podpisana została w dniu 17.12.2020 r.” co było jednoznaczne z tym, iż Zamawiający oczekuje, by dokument pełnomocnictwa potwierdzał umocowanie do złożenia oferty w ww. dacie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca FULL-MED przedłożył skan dokumentu pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej i datowanego na dzień 14 grudnia 2020 r., który to skan opatrzonej został podpisem elektronicznym prokurenta i prezesa zarządu w dniu 7 stycznia 2020 r. W treści kierowanego do Zamawiającego pisma przewodniego z dnia 7 stycznia 2021 Wykonawca wyjaśnił, iż w dniu 14 grudnia 2020 r. zarząd spółki udzielił odrębnego pełnomocnictwa do reprezentacji Spółki w niniejszym postępowaniu. Z ostrożności to samo pełnomocnictwo (tj. ten sam skan pisemnego pełnomocnictwa) złożony został samodzielnie oraz z podpisami kwalifikowanymi - „aktualnymi w reakcji na przepis art. 26 ust. 3a, celem potwierdzenia posiadania uprawnienia Pana J. S. w dacie składania oferty”.

Powyższe dokumenty oraz wyjaśnienia zostały bezkrytycznie przyjęte przez Zamawiającego, z czym Odwołujący BOVI nie może się zgodzić.

Odwołujący BOVI powołał się na treść Formularza JEDZ, w części II rubryce B o nazwie „INFORMACJE NA TEMAT PRZEDSTAWICIELI WYKONAWCY”, która w jego ocenie wskazuje, że Pan J. S. działał jako członek zarządu z przekroczeniem umocowania, nie zaś jako pełnomocnik, na podstawie odrębnego dokumentu pełnomocnictwa.

Zdaniem Odwołującego BOVI oferta została złożona przez członka zarządu spółki, niezgodnie z ustanowionymi zasadami reprezentacji, nie zaś przez pełnomocnika. Żaden dokument przedłożony wraz z ofertą nawet pośrednio nie wskazuje, by ww. osoba występowała jako pełnomocnik.

W ocenie Odwołującego BOVI, ponieważ z dokumentu rejestrowego spółki wynika, że do reprezentacji wykonawcy niezbędne jest łączne działanie dwóch umocowanych pełnomocników, należy uznać, że złożona przez wykonawcę oferta nie została podpisana prawidłowo, a brak ten nie podlega konwalidacji w jakikolwiek sposób. Z prawnego punktu widzenia, złożenie oferty kwalifikowane jest jako jednostronna czynność prawna. Zgodnie natomiast z art. 104 zdanie pierwsze k.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niewykazanie działania w imieniu odwołujących jest więc równoznaczne z działaniem bez umocowania, a dlatego zamawiający winien uznać ofertę FULL-MED za nieważną i jako taką, podlegającą odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego BOVI już tylko z tej przyczyny oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, jako niezgodna z ustawą.

Niezależnie od argumentacji wskazanej powyżej, Odwołujący BOVI zwrócił uwagę na fakt, iż nie jest dopuszczalne złożenie do oferty kopii pełnomocnictwa. Dokument ten musi zostać przedłożony w oryginale bądź poświadczony za zgodność z oryginałem kopii.

Jak wskazuje się zgodnie z orzecznictwem, „oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokumenty JEDZ składane są w postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w związku z czym pełnomocnictwo do ich złożenia powinno być udzielone w tej samej formie” (vide: wyrok z dnia 17 listopada 2019 r. KIO 2280/19). Opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest natomiast równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za

zgodność z oryginałem." Wynika to tak z treści SIWZ, jak i z ogólnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwolujący BOVI argumentował, że jeżeli wykonawca składa ofertę w postaci elektronicznej (art. 10a ust. 5 ustawy Pzp wskazuje, że forma ta jest wymagana pod rygorem nieważności), to pełnomocnictwo do złożenia oferty również musi być w postaci elektronicznej. Udzielenie pełnomocnictwa w postaci pisemnej (na papierze) lub ustnie jest równoznaczne z brakiem umocowania do złożenia oferty. Zamawiający przy tym jednoznacznie wymagał w pkt. VIII C list. 4 SIWZ. złożenia wraz z ofertą „pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i do zawarcia umowy, jeżeli wykonawcę reprezentuje pełnomocnik w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zastrzegła konkretną formę dokumentu i wymóg ten był dla Wykonawców wiążący.

Pomimo powyższego, FULL-MED przedłożył pełnomocnictwo udzielone w formie pisemnej, co narusza ewidentnie przepisy SIWZ, oraz treść skierowanego do wykonawcy wezwania, które także wskazywało na oczekiwaną przez Zamawiającego formę dokumentu.

Odstąpienie od postawionego w treści SIWZ wymogu co do formy pełnomocnictwa na etapie oceny i wyboru ofert poprzez dopuszczenie, wbrew wymogom SIWZ, pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, świadczy o faworyzowaniu ww. Wykonawcy i naruszeniu powołanych w petitum odwołania przepisów.

W ocenie Odwołującego BOVI nie jest dopuszczalne nie tylko, potwierdzenie jednostronnego oświadczenia woli złożonego z naruszeniem zasad reprezentacji spółki kapitałowej, ale także i jednostronnego oświadczenia pełnomocnika, działającego bez umocowania.

Odwolujący BOVI wskazał na stanowisko prezentowane w orzecznictwie zgodnie z którym specyfika i formalizm cechujący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwalają na zastosowanie rozwiązań zawartych w art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego do działań pełnomocnika/substytutu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r. K10/UZP 335/13).

Zdaniem Odwołującego BOVI udzielone przez zarząd pełnomocnictwo nie jest w tym wypadku wystarczające do uznania, że samodzielne działanie członka zarządu było prawidłowe. Nawet gdyby uznać, iż dopuszczalne jest stosownie w drodze analogii do działania organu osoby prawnej zasad obowiązujących pełnomocników, to zgodnie z treścią art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu i tak byłaby nieważna. Także zatem i z tej przyczyny oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego BOVI, argumentacja podana powyżej wyraźnie wskazuje, iż mimo możliwości utrzymania w postępowaniu Oferty Bovi i wykonania zamówienia za kwotę niższą od oferty wybranej o 548 324,15 PLN brutto, co stanowi 25,6 % wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający w sposób nieracjonalny i niezrozumiały zdecydował się na powierzenie realizacji umowy innej firmie, której oferty w ogóle nie sprawdził. Odwołujący BOVI wskazał, że z akt postępowania udostępnionych na jego wniosek wynika, iż Zamawiający wystąpił do ww. Wykonawcy wyłącznie wezwaniem do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa dla członka zarządu oraz wezwaniem do wyjaśnienia co do podatku VAT, także 23%. Brak dokumentów potwierdzających szerszą weryfikację złożonej oferty, wobec zasady pisemności postępowania, wskazuje, w ocenie Odwołującego BOVI, iż Zamawiający, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, oceny oferty dokonał wyłącznie na podstawie dołączonego do oferty oświadczenia z dnia 17 grudnia 2020 r., że oferowane dostawy odpowiadają specyfikacji i posiadają niezbędne certyfikaty.

Zdaniem Odwołującego BOVI już tylko pobieżna analiza oferty najkorzystniejszej wskazuje na elementarne błędy merytoryczne (abstrahując od wadliwość samego podpisu i faktu istnienia oferty jako takiej), wymagające co najmniej przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Czynnici Zamawiającego w niniejszej sprawie kłócą się z podstawową zasadą zamówień publicznych, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty pozwalającej na realizację zadania. Zamawiający odrzucił poprawną i dobrze przygotowaną ofertę, odpowiadającą treści SIWZ, godząc się na dostawę za ponad pół miliona (publicznych) złotych więcej bliżej nieokreślonych mebli i wyposażenia. Przedstawione przez firmę w treści oferty FULL-MED informacje albo wskazują na wadliwość (niezgodność) produktu z treścią SIWZ (gdyż przykładowo - oferują wózek nieistniejący w ofercie podanego producenta), albo w ogóle nie poddają się weryfikacji.

Odwolujący BOVI wskazał, że:

- Wszystkie produkty zaoferowane przez Odwołującego BOVI dostępne są na rynku i tym samym mogą zostać rzetelnie sprawdzone przez Zamawiającego jeszcze przed podpisaniem umowy. Odwołujący BOVI dla każdego produktu podał nazwę producenta i typ. Oferta FULL- MED w wielu pozycjach wskazywała na fikcyjną nazwę producenta, którego Odwołujący BOVI i zapewne Zamawiający, nie był w stanie zweryfikować przed dokonaniem wyboru. Podanie w wielu kartach katalogowych nazwy „Producent; Kerro K. J.”, bez wskazania ww. firmy jako podwykonawcy w zakresie wykonania mebli oraz bez podania ich szczegółowych parametrów. Zgodnie ze złożonym przez ww. firmę oświadczeniem o udostępnieniu potencjału, praca ww. podmiotu udostępniającego potencjał ma polegać na pomocy w transporcie, montażu i przeszkoleniu personelu Zamawiającego w zakresie mebli zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu". Podobny zakres został podany w formularzu JEDZ złożonym przez FULL-MED. W ocenie Odwołującego BOVI powyższe informacje są ewidentnie sprzeczne z treścią kart katalogowych które sugerują, iż ww. podwykonawca samodzielnie wykona część mebli dla szpitala, ponieważ został wskazany jako producent mebli w załącznikach Oferty FULL-MED.
- Zakres użyczonego przez ww. firmę potencjału, wobec jego ograniczenia wyłącznie do prac montażowych i transportu, budzi także uzasadnione wątpliwości Odwołującego BOVI co do poprawności dokonanego użyczenia. W ocenie Odwołującego BOVI, ww. Wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami przez pełny okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego ma charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą rzeczywiście wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia.
- W kartach katalogowych powielono informacje wymagane przez Zamawiającego [tj. przepisano wymagany parametr lub funkcję urządzenia], nie podając żadnej indywidualnej jego cechy, nazwy, numeru seryjnego, modelu, typu ani innej cechy pozwalającej na identyfikację produktu, co jest sprzeczne tak z ustawą, jak i treścią SIWZ, która wymagała podania wprost „nazwy i typu”. Oferta ma charakter blankietowy, jednak nie wskazuje wprost, że produkt będzie wykonany na indywidualne zamówienie i że nie istnieje w dacie dostawy. Przedmiotu oferty można się tylko domyślać. Zaakceptowanie takiej treści bez żadnych wyjaśnień i weryfikacji świadczy co najmniej o nierównym traktowaniu wykonawców.
- Dodatkowo Odwołujący BOVI wskazał, że Zamawiający dwukrotnie kierował do niego zapytania o parametry wózka zabiegowego typu REN-02 karta nr 4.38 (wezwanie do wyjaśnień 1 - pkt 9 i wezwanie do wyjaśnień 3). W obu przypadkach Odwołujący BOVI potwierdził poprawność wymiarów a na dowód czego przesłała kartę katalogową producenta. Oferta wykonawcy FULL-MED w treści ww. karty nr 4.38 zawiera inne wymiary wózka (nie mających potwierdzenia w ofercie katalogowej firmy Tech-Med) a mimo to Zamawiający uznał ją za właściwą i nie zażądał

wyjaśnień w tym zakresie. Powyższe świadczy zdaniem Odwołującego BOVI zarówno o niezgodności ww. oferty z treścią SIWZ, jak jest naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

1. Lucjan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim, w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, (dalej: „Przystępujący Lucjan”)
2. FULL – MED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej: „Przystępujący FULL-MED”).

Pismem z 22 lutego 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

#### **KIO 346/21**

W dniu 1 lutego 2021 r. wykonawca Lucjan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim (dalej: „Odwołujący Lucjan”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W związku z powyższym Odwołujący Lucjan zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, iż:
  - a) w załączniku nr 4.07 do SIWZ, stanowiącym treść oferty krzesło zaoferowane przez Odwołującego — KI Classic Pro nie posiada podłokietników o wysokości 230 mm, a w konsekwencji, że krzesło to jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia,
  - b) w załączniku nr 4.23 do SIWZ, stanowiącym treść oferty krzesło zaoferowane przez Odwołującego Amigo 4L nie posiada szerokości siedziska na poziomie 530 mm, a w konsekwencji, że krzesło to jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Lucjan wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Lucjan,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) ponowne badania i oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Odwołujący Lucjan wniósł o zasądzenie od Zamawiającego uzasadnionych kosztów poniesionych przez Odwołującego Lucjan związanych wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3600 zł oraz zwrotu wpisu sądowego od odwołania.

Odwołujący Lucjan wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku działań Zamawiającego jego interes może doznać uszczerbku oraz może on ponieść realną szkodę. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego Lucjan mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, w szczególności, że jest ona pierwsza w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego Lucjan, dowodzą naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia i stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

Odwołujący Lucjan wskazał, że przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w zestawieniach parametrów i warunków technicznych (załączniki nr 4.01 — 4.39 do siwz), stanowiących załączniki do formularza cenowego oraz formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2A do siwz, a także projekcie umowy (załącznik nr 1 do siwz). Zgodnie z załącznikiem nr 2a do siwz Zamawiający w pozycji nr 5 oczekiwał zaoferowania przez wykonawców fotela biurowego. Szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w tym zakresie został określony w załączniku nr 4.07 do siwz (Zestawienie Parametrów i Warunków Technicznych). Następnie w treści odwołania Odwołujący Lucjan szczegółowo wskazał na parametry wynikające z ww. załącznika.

Odwołujący Lucjan wyjaśnił następnie, że zgodnie z załącznikiem nr 2a do siwz Zamawiający w pozycji nr 10 oczekiwał zaoferowania przez wykonawców fotela biurowego. Szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w tym zakresie został określony w załączniku nr 4,23 do siwz, wymogi te zostały przez Odwołującego Lucjan szczegółowo opisane w treści odwołania.

Odwołujący Lucjan wskazał, że w obu przypadkach, tj. zarówno w załączniku nr 4.07 jak i w załączniku nr 4.23 do SIWZ, Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawców nazwy, typu, producenta oraz rok produkcji asortymentu.

Odwołujący Lucjan wyjaśnił, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu oferując w załączniku nr 4.07 krzesło KI Classic Pro (producent Kulik System). W ramach wskazanego załącznika Odwołujący Lucjan potwierdził m.in. że krzesło to posiada wysokość podłokietników na poziomie 230 mm (+/- 5mm). Natomiast w załączniku nr 4.23 Odwołujący Lucjan zaoferował krzesło Amigo 4L (producent Nowy Styl), m.in. wskazując, że przedmiotowe krzesło posiada siedzisko o szerokości 530 mm.

Odwołujący Lucjan wskazał, że w dniu 7 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień m.in. w zakresie dotyczącym produktu zaoferowanego w ramach załącznika nr 4.07 oraz załącznika nr 4.23. W ocenie Odwołującego Lucjan udzielił on Zamawiającemu wyczerpujących i przekonujących wyjaśnień. Jednak w dniu 22 stycznia 2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującego Lucjan o odrzuceniu jego oferty ze względu na rzekomą niezgodność pomiędzy treścią oferty a SIWZ. Jak wskazał odwołujący Lucjan z uzasadnienia tej decyzji wynika, że w zakresie załącznika nr 4.07 do SIWZ — krzesła KI Classic Pro Zamawiający powołał się na informację od producenta zaoferowanego fotela, że zgodnie z którą występują dwa rodzaje podłokietnika z regulacją wysokości w modelu classic pro: podłokietnik Vario z regulacją góra-dół w zakresie 70 mm oraz podłokietnik 3d regulowany góra-dół w zakresie 75 mm. Ponadto Zamawiający wskazał, iż producent wyjaśnił, że zakres regulacji obu podłokietników w pozycji zero wynosi od 27 cm do max 35 cm. Dalej Zamawiający stwierdził, że informacje uzyskane od producenta wskazują na fakt, że niemożliwe jest osiągnięcie deklarowanej przez Wykonawcę wysokości podłokietnika na poziomie 230 mm.

Natomiast jak wskazał Odwołujący Lucjan w odniesieniu do zaoferowanego przez niego w załączniku nr 4.23 SIWZ krzesła Amigo 4L, Zamawiający powołując się na informację od producenta w zakresie szerokości siedziska wskazanej w ofercie przez Odwołującego Lucjan, producent poinformował, że krzesła Amigo są produkowane wyłącznie w rozmiarze takim jak w załączonej karcie tj. szerokość siedziska wynosi 460 mm. Wobec tego Zamawiający uznał, że krzesło zaoferowane przez Odwołującego nie posiada siedziska o szerokości 530 mm (+/- 5 mm).

W ocenie Odwołującego Lucjan Zamawiający w sposób bezpodstawny odrzucił jego ofertę, ponieważ Odwołujący Lucjan już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnił oraz potwierdził, a także wykazał stosownymi dowodami, że oba wyżej opisane krzesła w zakresie swoich wymiarów są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia przygotowanym przez Zamawiającego.

Odnosząc do pierwszej z zarzuconych przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego Lucjan z SIWZ tj. wysokości podłokietników krzesła KI Classic Pro (załącznik nr 4.07 do SIWZ) Odwołujący powołał się na rysunek znajdujący się na stronie producenta Kulik-System. Zdaniem Odwołującego Lucjan z rysunku tego wynika, że wysokość podłokietników podana jest jako wymiar obrysowy, nie odzwierciedlający realnej wysokości podłokietników. Powstały dysonans pokazuje, że wymiar wskazany przez producenta będzie się różnił od realnych wymiarów, a tym bardziej w zależności od przyjętej metodologii pomiaru poszczególnych parametrów. Odwołujący Lucjan podkreślił, że Zamawiający

wymagał dla tego fotela atestu badań wytrzymałościowych, wynika to wprost z ostatniego wiersza pkt. 11 Parametrów i Warunków Technicznych (załącznik nr 4.07 do SIWZ). Norma wytrzymałościowa dotycząca tego typu produktów jak zaafierowane przez Odwołującego krzesło K1 Classic Pro to norma PN EN 1335. Wskazana norma odnosi się do mebli biurowych, tj. krzesła biurowego do pracy. W zakresie zawartych w niej wymagań wytrzymałości, trwałości, stateczności i zgodności wymiarów, zostało wskazane, że wysokość podłokietnika powinna być mierzona od górnej płaszczyzny siedziska do górnej płaszczyzny podłokietnika. Mierząc podłokietnik zgodnie z normą wymaganą przez Zamawiającego wysokość podłokietnika w zaafierowanym fotelu jest regulowana w zakresie 190-260 mm, co potwierdza atest dotyczący tego produktu. Odwołujący Lucjan wyjaśnił, że zachowując najwyższe standardy podał wysokość podłokietników, zgodnie z obowiązującą normą PN EN 1335. Okoliczność ta nie może być podstawą do wysuwania w stosunku do Odwołującego negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Wobec tego odrzucenie oferty Odwołującego z tej przyczyn jawi się jako całkowicie bezpodstawne.

W zakresie wymiarów dotyczących drugiego z oferowanych krzesel tj. Amigo 4L również, zdaniem Odwołującego Lucjan należy się oprzeć na wymiarach wykonanych, zgodnie z obowiązującymi normami, a w tym przypadku zgodnie z normą PNEN 16139:2013-07. Norma ta odnosi się do mebli w zakresie ich wytrzymałości, trwałości i bezpieczeństwa. Precyzując wskazana norma dotyczy wymagań dla siedzisk użytkowanych poza mieszkaniem. Tym samym, jak wskazał Odwołujący Lucjan, norma ta obejmuje krzesła takiej jak Amigo 41. Z treści przedmiotowej normy wynika, że w zakresie wymiarów krzesel szerokość siedziska oznacza szerokość krzesła. W związku z tym Odwołujący Lucjan wyjaśnił, że dokładając należytej staranności ocenił użyte przez Zamawiającego pojęcie "szerokość siedziska" zgodnie z normą PN-EN 16139 dotyczącą przedmiotowych krzesel. Odwołujący Lucjan wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co zdaniem Odwołującego Lucjan oznacza konieczność ścisłego interpretowania pojęć, którymi operuje Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji pojęcia takie jak „szerokość siedziska” interpretować należy nie według języka potocznego, lecz według branżowej/specjalistycznej siatki pojęciowej, w tym wypadku wynikającej z obowiązujących w tym zakresie norm takich jak PN-EN 16139. Jak wskazał Odwołujący Lucjan wykładania języka potocznego wskazuje, że siedzisko to mebel przeznaczony do siedzenia. Do siedzisk zalicza się: taboret, ławkę, krzesło, fotel. Rozróżnia się siedziska: proste i profilowane oraz twarde i wyściełane. Przy czym nawet ta potoczna wykładnia pojęcia „siedziska”, zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, że szerokość siedziska to w przypadku krzesła Amigo 4L nic innego jak szerokość krzesła.

Ponadto jak wskazał Odwołujący Lucjan wskazane w zał. 4.23 pojęcie "Szerokość siedziska" zostało zrozumiane w sposób określający szerokość całkowitą siedziska (krzesła), gdyż pozostałe podane przez Zamawiającego wymiary w tej pozycji dotyczą wysokości i głębokości całkowitej siedziska (krzesła), stanowiąc w całości wymiary gabarytowe mebla. Wobec tego, w ocenie Odwołującego Lucjan, zabrakło w tym wypadku konsekwencji po stronie Zamawiającego w zakresie interpretacji własnych wymogów. Jednakże Zamawiający w żaden sposób nie wskazał w SIWZ, że pojęcie „szerokość siedziska” należy w kontekście wymiarów rozumieć inaczej niż w zakresie wysokości, czy głębokości krzesła. Wobec tego przyjęta przez Zamawiającego interpretacja poczyniona w ramach odrzucenia oferty, zdaniem Odwołującego Lucjan, nie wynika z SIWZ i m.in. z tego powodu jest nieprawidłowa. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego Lucjan nie ma uzasadnionych podstaw do stwierdzenia, że w przypadku załącznika 4.23 — krzesło Amigo 4L doszło do niezgodności treści oferty z SIWZ, gdyż pomiar dokonany zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami jednoznacznie wskazuje, że siedzisko posiada szerokość na poziomie 530 mm. W ocenie Odwołującego Lucjan w sposób pośredni potwierdza to również sam producent wskazując jako szerokość przedmiotowego krzesła na poziomie 529 mm.

Odwołujący Lucjan wskazał, że wysokość podłokietników w fotelu K1 Classic Pro oraz szerokość siedziska w krzesle Amigo 41 zostały zweryfikowane przez niezależne jednostki zajmujące się profesjonalnie badaniem i wymiarowaniem mebli, zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. Z przeprowadzonych badań tychże podmiotów jednoznacznie wynika, że podłokietniki fotela K1 Classic Pro mają wysokość 230 mm, a szerokość siedziska krzesła Amigo 4L wynosi 530 mm. Na podstawie tychże badań Odwołujący Lucjan wskazał, że przygotował ofertę, w tym także w zakresie dotyczącym poszczególnych wymiarów. Odwołujący Lucjan przekazał Zamawiającemu w toku postępowania atesty wydane przez niezależne jednostki. Jednakże, jak wskazał Odwołujący Lucjan, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tychże badań, a co najważniejsze skutecznie ich nie podważył. Niniejsze dokumenty, jako istotne dla prawidłowego rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jednoznacznie potwierdzają zgodność oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z wymogami wynikającymi z SIWZ.

Odwołujący Lucjan powołał się na stanowisko wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 9 listopada 2020 r.: KIO 2734/20), zgodnie z którym niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy (definiujących przedmiot świadczenia), nie obejmuje natomiast przypadków niezastosowania się przez wykonawcę do technicznych wskazówek dotyczących sposobu prezentacji informacji zawartych w składanej zamawiającemu ofercie. A także na stanowisko, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy (definiujących przedmiot świadczenia), a nie elementów pobocznych nie mających znaczenia dla prawidłowej realizacji świadczenia (wyrok z dnia 16 października 2020 r. KIO 2402/20).

Zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

1. Violetta Wójtowicz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” Violetta Wójtowicz z siedzibą w Rzeszowie, w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
2. FULL – MED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej: „Przystępujący FULL-MED”).

Pismem z 22 lutego 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nowej ustawy Pzp.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego w charakterze

uczestników postępowania po stronie Zamawiającego następujących wykonawców:

1. Lucjan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Solcu Kujawskim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 321/21, w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
2. FULL – MED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 321/21 oraz o sygn. akt 346/21.
3. Violetta Wójtowicz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BOVI” Violetta Wójtowicz z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 346/21 w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę Tronus Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wobec niewypełnienia przesłanek o których mowa w art. 525 ust. 1 nowej ustawy Pzp, nie zostało uznane za skuteczne. Wykonawca ten nie wskazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił, a także nie wskazał do której strony przystępuje.

#### **Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.**

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) Zamawiający w Rozdziale V „Opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 3 Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku 4.01-4.39 do SIWZ, załączniku 2A do SIWZ (formularz cenowy), załączniku 1 do SIWZ (projekt umowy). W pkt 5 Zamawiający zawarł wymóg aby wszystkie zaoferowane wyroby spełniały warunki wskazane w ww. załącznikach 2A i 4.01-4.39 do SIWZ zawierających parametry i warunki techniczne oraz w Rozdziale V SIWZ. Jak wynika z pkt 7 Zamawiający wskazał, że zaleca dołączenie do oferty np. folderu/katalogu/ulotek dotyczącego przedmiotu zamówienia. W Rozdziale VIII Zamawiający wskazał wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy i inne dokumenty. Zamawiający wskazał, że „informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ stanowiąc będą wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu” (vide: litera A). Zgodnie z literą B, Zamawiający wymagał aby na wezwanie Zamawiającego, wykonawcy złożyli wykaz wykonanych dostaw wraz z dowodami – w celu wykazania spełnienia warunków w postępowaniu oraz wymienione w pkt 2.1-2.9 dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia. Pod literą C Zamawiający wskazał „inne dokumenty składane wraz z ofertą”, tj. wypełniony formularz oferty – załącznik 2 do SIWZ, wypełniony formularz cenowy – załącznik 2A do SIWZ, wypełnione załączniki nr 4.01-4.39 do SIWZ oraz pełnomocnictwo do złożenia oferty i dokument wadium, jeśli jest ono wniesione w innej formie niż pieniężna.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający opisał jedynie warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazując, że wymaga wykazania przez wykonawców należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedną dostawę mebli o wartości brutto min. 1 000 000,00 zł.

W treści oferty Przystępujący FULL-MED w zakresie wykazania spełnienia powyższego warunku powołał się na potencjał podmiotu trzeciego – KERRO K. J., przedstawiając zobowiązanie tego podmiotu z 16 grudnia 2020 r. do udostępnienia zasobów.

W załączniku 4.07 „zestawienie parametrów i warunków technicznych” dotyczące „fotela biurowego”, Zamawiający wskazał następujące parametry i warunki techniczne:

1. Krzesło na pięcioramiennej podstawie z kółkami nie budzącymi podłogi o średnicy min. 50 mm.
2. Siedzisko i oparcie tapicerowane materiałem wodoodpornym, łatwo zmywalnym.
3. Podłokietniki wykonane z miękkiego tworzywa PU.
4. Krzesło z mechanizmem CPT.
5. Możliwość blokady kąta odchylenia oparcia w wybranej pozycji.
6. Regulowana głębokość siedziska oraz wysokość oparcia realizowana za pomocą śrub.
7. Wysokość siedziska regulowana za pomocą sprężyny gazowej w zakresie 400-530mm (+/-20mm).
8. Podstawa o średnicy: 645mm (+/-5mm).
9. Wysokość podłokietników: 230mm (+/-5mm).
10. Możliwość wyboru koloru tapicerki w min. 9 kolorach.
11. Krzesło posiadające atest badań wytrzymałościowych oraz atest krzesła profilaktyczno rehabilitacyjnego.”

W załączniku nr 4.23 „zestawienie parametrów i warunków technicznych” dotyczące krzesła stacjonarnego, Zamawiający wskazał następujące parametry i warunki techniczne:

1. Siedzisko oraz oparcie wykonane z bardzo trwałego plastiku ze specjalną powłoką antypoślizgową.
2. Oparcie i siedzisko profilowane.
4. Możliwość sztaplowania.
5. Stopki wykonane z tworzywa sztucznego zapobiegające rysowaniu się powierzchni.
6. Szerokość siedziska 530mm +/- 5mm,
7. Wysokość 810 +/-5mm.
8. Głębokość 475mm +/- 5mm”

W Załączniku nr 4.36 do SIWZ „Zestawienie parametrów i warunków technicznych” dotyczących parawanu mobilnego jednoskrzydłowego, Zamawiający wskazując parametry i warunki techniczne w pkt 7 zawarł następujące postanowienie: „Wymagane dokumenty: Deklaracja zgodności CE (lub równoważne), Wpis lub zgłoszenie do URW MiPB (lub równoważne), Certyfikat producenta wyrobów medycznych PN-EN ISO 13485 (lub równoważne, Certyfikat producenta wyrobów medycznych PN-EN ISO 9001- projektowanie, serwis, produkcja sprzętu medycznego (lub równoważne)”. Tożsame wymagania zostały zawarte w załączniku nr 4.37.

Stosownie do treści § 4 „Dostawa/realizacja” załącznika nr 1 do SIWZ „wzór umowy” ust. 2 „Sprzedawca zobowiązany jest do dokonania pomiarów w pomieszczeniach wymienionych w załączniku do umowy i dostosowania mebli do pomieszczeń, w których mają zostać zamontowane. Rzeczywiste wymiary mebli i wyposażenia będą ustalone przez Wykonawcę w uzgodnieniu z Zamawiającym na podstawie pomiarów z natury, co oznacza w szczególności, że rzeczywiste wymiary mebli mogą się różnić od wymiarów wskazanych w formularzu cenowym. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zmianę wynagrodzenia ani o dodatkowe płatności w sytuacji, gdy wyniki pomiaru z natury będą wskazywały na wymiar inny niż wskazany w formularzu cenowym, jeżeli różnica pomiędzy wymiarem z natury a wymiarem wskazanym w formularzu cenowym nie przekroczy 10%.”

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały cztery oferty przez:

- 1) Odwołującego BOVI,
- 2) Odwołującego Lucjan,
- 3) Przystępującego FULL-MED.,
- 4) Wykonawcy Tronus.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający kilkakrotnie zwracał się do wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści ofert. Odwołujący BOVI został wezwany 3 razy, Odwołujący

Lucjan dwa razy, Przystępujący FULL-MED dwa razy, a wykonawca Tronus – raz.

Pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego FULL-MED oraz odrzuceniu ofert następujących wykonawców:

1) Odwołującego BOVI:

a) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący BOVI w zakresie załącznika nr 4.36 (poz. 1235 formularza cenowego) zaoferował parawan jednoskrzydłowy P-J-01 ST 80 MAT (producent: TechMed), przyjmując do wyceny wartości pozycji stawkę podatku Vat 23%. W zakresie załącznika nr 4.37 (poz. 1234 formularza cenowego) Wykonawca zaoferował stojak do kroplówek SM-02 L (producent: Tech-Med), przyjmując również do wyceny wartości pozycji stawkę podatku VAT 23%. Zaoferowane wyroby w/w producenta są zarejestrowane jako wyroby medyczne oraz posiadają wpisy do URPLW MiPB i objęte są obniżoną stawką podatku Vat 8%.

Powyższe zostało potwierdzone przez producenta zaoferowanego parawanu i stojaka w informacji przesłanej przez niego na wniosek Zamawiającego. Wymóg posiadania przez zaoferowany wyrób wpisu lub zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, wskazany w załączniku zarówno 4.36 jak i 4.37, determinuje konieczność zaoferowania wyrobu medycznego, dla którego obowiązuje stawka podatku VAT 8%. Zamawiający dodał, że w dwóch ofertach Wykonawców konkurencyjnych zaoferowano takie same produkty i zastosowali oni stawkę podatku VAT 8%.

b) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz (rozdz. V ust. 5 siwz):

— w zakresie załącznika 4.23 do siwz (Krzesło socjalne): Wykonawca zaoferował krzesło Amigo (producent Nowy Styl), deklarując w treści załącznika, iż posiada ono szerokość siedziska 529 mm. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy wpisanym wymiarem a wymiarem, który wynika z ogólnie dostępnych informacji, tj. 460 mm, Wykonawca odpowiedział, że posiada zobowiązanie producenta do wyprodukowania krzesła o podanych w załączniku 4.23 do siwz wymiarach. Z informacji uzyskanej na prośbę Zamawiającego, w tym na podstawie zadanego pytania o ewentualną możliwość wyprodukowania krzesła o szerokości siedziska wskazanej w ofercie przez Wykonawcę, producent poinformował, że krzesła Amigo są produkowane wyłącznie w rozmiarze takim jak w przesłanej Zamawiającemu karcie, tj. szerokość siedziska wynosi 460 mm.

Zgodnie z siwz należało zaoferować krzesło z siedziskiem o szerokości 530mm +/-5mm.

2) Odwołującego Lucjan:

a) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz (rozdz. V ust. 5 siwz):

➤ w zakresie załącznika 4.07 do siwz (Fotel biurowy) Wykonawca zaoferował krzesło K1 Classic Pro (producent Kulik System) deklarując w treści załącznika, iż posiada ono podłokietniki o wysokości 230 mm. Zgodnie z informacją otrzymaną od producenta zaoferowanego fotela, występują dwa rodzaje podłokietnika z regulacją wysokości w modelu classic pro: podłokietnik Vario z regulacją góra-dół w zakresie 70mm, oraz podłokietnik 3d regulowany góra-dół w zakresie 75 mm. Ponadto producent wskazał, że zakres regulacji obu podłokietników w pozycji zero wynosi od 27 cm do max 35 cm. W wyjaśnieniu z dnia 07.01.2021 r. Wykonawca stwierdził, że w oferowanym fotelu "podłokietnik ma regulowaną wysokość, dzięki czemu można osiągnąć zaoferowaną wysokość". Informacje uzyskane od producenta wskazują na fakt, że niemożliwe jest osiągnięcie deklarowanej i potwierdzonej przez Wykonawcę na skutek wezwania do złożenia wyjaśnienia, wysokości podłokietnika na poziomie 230 mm, ani nawet osiągnięcie wymiaru mieszczącego się w granicach tolerancji wymiaru podłokietników, określonej przez Zamawiającego.

Zgodnie z siwz należało zaoferować wyrób posiadający podłokietniki o wysokości 230 mm (+/-20 mm).

➤ w zakresie załącznika 4.23 do siwz (Krzesło socjalne) Wykonawca zaoferował krzesło Amigo 41(producent Nowy Styl), deklarując w treści załącznika, iż posiada ono szerokość siedziska 530 mm. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy wpisanym wymiarem a wymiarem, który wynika z ogólnie dostępnych informacji, tj. 460 mm, Wykonawca potwierdził, iż zadeklarowany wymiar jest prawidłowy. Z informacji uzyskanej na prośbę Zamawiającego, na podstawie zadanego pytania o szerokość siedziska wskazaną w ofercie przez Wykonawcę, producent poinformował, że krzesła Amigo są produkowane wyłącznie w rozmiarze takim jak w załączonej karcie, tj. szerokość siedziska wynosi 460 mm. Zgodnie z siwz należało zaoferować krzesło z siedziskiem o szerokości 530mm +/-5mm.

Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Tronus.

Przystępujący FULL-MED złożył wraz z ofertą formularz JEDZ, gdzie w sekcji B dotyczącej osób upoważnionych do reprezentowania, wskazany został p. J. S., w poz. „Stanowisko/Działający jako” wpisano „członek zarządu” a w poz. dotyczącej szczegółowych informacji nt. przedstawicielstwa, podano „Zgodnie z KRS”.

Pismem z 4 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego FULL-MED o uzupełnienie pełnomocnictwa do podpisania oferty dla pana J. S. w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający wskazał jednocześnie, że oferta została podpisana 17 grudnia 2021 r.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący FULL-MED przedstawił pełnomocnictwo podpisane 7 stycznia 2021 r.

**Izba zważyła, co następuje.**

**KIO 321/21**

Odwolanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego BOVI mimo, iż jej treść odpowiadała treści SIWZ.

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że słowo „siedzisko” można rozumieć dwojako. Po pierwsze jest to generalna nazwa używana do zdefiniowania mebli służących do siedzenia takich jak np. krzesło, fotel, taboret itd. Po drugie, słowo to używane jest również do określenia elementu mebla, na którym się siedzi.

W związku z możliwością rozumienia słowa „siedzisko” w dwojaki sposób, kwestią wymagającą przesądzenia, w celu rozpoznania tego zarzutu, była okoliczność co należy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia rozumieć pod pojęciem siedziska – cały mebel, czy tylko tę jego część, która służy do siedzenia. W ocenie Izby, treść dokumentacji postępowania przesądza o tym, że prawidłowe rozumienie pojęcia „siedzisko” w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia oznacza część mebla, na której się siedzi. Ponadto w ocenie Izby wynika to wprost z treści formularza 4.23 do SIWZ. Podkreślić bowiem należy, że analiza treści poszczególnych punktów nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w tym zakresie zrobił to w na tyle czytelny sposób, że możliwe było wyciągnięcie jednoznacznych wniosków co do tego, co miał Zamawiający na myśli wskazując w pkt 6 formularza szerokość siedziska i że była to część, na której się siedzi. W pkt 1 tego formularza Zamawiający używa obok siebie

określeń „siedzisko” oraz „oparcie” co wyłącza możliwość rozumienia „siedziska” jako całego mebla, ponieważ wówczas różnicowanie „siedziska” rozumianego jako cały mebel od jego części jaką jest „oparcie” nie miałyby większego sensu. Jak bowiem wskazał w pkt 1. Załącznika nr 4.23 Zamawiający, wymagał on zaoferowania siedziska oraz oparcia wykonanych z bardzo trwałego plastiku ze specjalną powłoką antypoślizgową. Skoro więc zarówno siedzisko jak i oparcie mają być wykonane z określonych materiałów, to oczywistym jest, że Zamawiający miał na myśli poszczególne elementy mebla. Podobnie jest w pkt 2 gdzie zamawiający znowu stosuje obok siebie określenia „siedzisko” oraz „oparcie” treść tego pkt brzmi: „oparcie i siedzisko profilowane”. Również i to brzmienie nie pozostawia wątpliwości, co do tego że używając pojęcia „siedzisko”, Zamawiający miał na myśli element mebla a nie cały mebel. Następnie w pkt 5 Zamawiający opisuje stopki, czyli również element mebla. W pkt 6, będącym spornym co do tego jak należy rozumieć pojęcie „siedzisko”, Zamawiający wskazał: „szerokość siedziska 530mm +/- 5 mm”. W ocenie składu orzekającego nie ma wątpliwości co do tego, że również w tym punkcie Zamawiający wymagał podania wymiaru elementu mebla, a nie całego mebla. Przemawia za tym całościowa lektura treści załącznika nr 4.23 do SIWZ, z której wynika, że Zamawiający opisuje poszczególne elementy mebla służącego do siedzenia. Skoro bowiem Zamawiający w pkt 1 i 2 wskazuje elementy mebla, to byłoby niezrozumiałe i nielogiczne, aby używając tego samego słowa, bez żadnego dookreślenia w pkt 6 miał na myśli inne jego znaczenie, od tego użytego w pkt 1 i 2.

Ponadto nie bez znaczenia dla interpretacji intencji i zamiaru Zamawiającego jest również tutaj treść załącznika 4.07 do SIWZ, zawierającego opis fotela biurowego. W treści tego załącznika Zamawiający opisuje parametry techniczne fotela biurowego wskazując w pkt 1 „krzesło na pięcioramiennej podstawie (...)” – zatem Zamawiający ma na myśli cały mebel. Podobnie w pkt 4 Zamawiający wskazał: „krzesło z mechanizmem CPT” – wskazując na cały mebel, podobnie jak w pkt 7 „krzesło posiadające atest (...)”. Następnie w pkt 2 Zamawiający wskazuje: „siedzisko i oparcie tapicerowane materiałem” – nie ma wątpliwości co do tego, że chodzi o elementy mebla, a nie o cały mebel. Tak samo Zamawiający postępuje w pkt 6, i 7, gdzie zdaniem Izby nie ma wątpliwości co do znaczenia użytego słowa „siedzisko”.

Natomiast wszelkie możliwe wątpliwości jakie mógł mieć Odwołujący powinna rozwiązać analiza wypełnionego przez niego Załącznika 4.05 do SIWZ. Nawet jeśli Odwołujący złożył ten załącznik z ostrożności i nie była to treść oferty, to z samej lektury i analizy tego załącznika można wnioskować w jaki sposób Zamawiający używał poszczególnych pojęć. I tak z pkt 1 wynika, że Zamawiający wymagał: „Krzesło szpitalne – zmywalne z siedziskiem i oparciem (...)” zatem dla opisu całego mebla Zamawiający użył słowa „krzesło”, a słowo „siedzisko” zostało użyte w celu wskazania elementu mebla, na którym się siedzi. Ponadto w pkt 4 i 5 również użyte jest słowo „siedzisko” i nie ma wątpliwości co do tego, że chodzi o element mebla, a nie cały mebel. Dodatkowo w pkt 5 „szerokość siedziska +/-5mm” sam Odwołujący wypełniając Załącznik nr 4.05 nie miał wątpliwości, że Zamawiający ma na myśli element krzesła a nie cały mebel. Wynika to z faktu podania przez Odwołującego rzeczywistego wymiaru elementu mebla służącego do siedzenia. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4.05, w treści którego zaoferował krzesło Amigo 4L, wskazując w poz. 5 szerokość siedziska 460 mm. Natomiast w załączniku nr 4.23 zaoferował on krzesło Amigo, deklarując w poz. 6 szerokość siedziska wynoszącą 529 mm. Jak zostało wyjaśnione podczas rozprawy przez Przystępującego FULL-MED, model krzesła Amigo jest jeden, a rozróżnienie następuje tylko ze względu na kolor nóg, możliwość zastosowania zintegrowanego łącznika albo możliwość zaoferowania krzesła z podłokietnikami. Bez względu na sposób wyposażenia tego krzesła, szerokość siedziska jest niezmienna (vide: strona 14 protokołu rozprawy). Wyjaśnienia te znajdują również potwierdzenie w treści załącznika do odpowiedzi na odwołanie, tj. korespondencji email z 15 stycznia 2021 r. (wraz z kartą katalogową), z którego wprost wynika, że Krzesło Amigo i Amigo 4L to jeden model, a „4L” oznacza cztery nogi. Innymi słowy Odwołujący w tym postępowaniu, w treści załącznika 4.05 i załącznika 4.23 zaoferował to samo krzesło, wskazując w poz. dotyczącej szerokości siedziska inne wymiary.

Reasumując, nie potwierdził się zarzut stawiany pod adresem Zamawiającego i treści SIWZ jakoby Zamawiający zamiennie używał tych samych pojęć, nadając im przy tym odmienne znaczenie. Dokumentacja w tym zakresie jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Analiza treści ww. Załączników do SIWZ pokazuje, że Zamawiający tam, gdzie chciał opisać cały mebel używał innego określenia, a w sytuacji gdy miał na myśli elementy tego mebla na ich określenie używał innych pojęć niż na określenie całego mebla.

Mając na uwadze powyższe nie może budzić wątpliwości, że zaoferowany przez Odwołującego w Załączniku nr 4.23 mebel nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na to, że nie spełnia wymogu szerokości siedziska 530 mm +/- 5 mm podanego w pkt 6 załącznika nr 4.23. W ocenie Izby, gdyby Zamawiający miał na myśli wymiar „po zewnętrznej” tak jak twierdzi Odwołujący, dałby temu wyraz w treści postanowienia.

Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem Oferty Odwołującego mimo, iż nie zawierała ona błędu w obliczeniu ceny.

Jest okolicznością między stronami bezsporną, że w treści załączników 4.36 dotyczącego parawanu jednoskrzydłowego oraz 4.37 dotyczącego stojaka do kroplówek Zamawiający wymagał zaoferowania produktów medycznych. Wynika to z pkt 7, w którym Zamawiający żądał przedstawienia dla tych przedmiotów dokumentów: Deklaracja zgodności CE (lub równoważne), Wpis lub zgłoszenie do URW MiPiB (lub równoważne), Certyfikat producenta wyrobów medycznych PN-EN ISO 13485 (lub równoważne, Certyfikat producenta wyrobów medycznych PN-EN ISO 9001- projektowanie, serwis, produkcja sprzętu medycznego (lub równoważne).

Formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 2A był skonstruowany w taki sposób, że wykonawca zobowiązany był podać cenę netto, podatek VAT i cenę brutto. Nie jest również sporne między stronami, że przedmiot zamówienia nie jest objęty jedną stawką podatku VAT, co oznacza, że część pozycji Formularza cenowego jest opodatkowana preferencyjną stawką VAT wynoszącą 8%, a pozostała część stawką podstawową wynoszącą 23% VAT.

Wskazać należy, że z treści oferty Odwołującego wprost wynika, iż w Załączniku 4.36 i 4.37 Odwołujący potwierdził, że oferuje wyroby medyczne, wskazując w pkt 7 obu załączników „TAK, Deklaracja zgodności CE (lub równoważne), Wpis lub zgłoszenie do URW MiPiB (lub równoważne)”.

Stosownie do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 54, poz. 535), tj. z dnia 9 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 106) o podatku od towarów i usług w art. 41 ust. 2 wskazano, że dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usług związane z żywnością (PKWiU 56), ma zastosowanie stawka podatku w wysokości 8%. Jak natomiast wynika z załącznika 3, poz. 13, obniżoną stawką podatku VAT objęte są wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Wreszcie, zauważyć należy, że sam Odwołujący przyznał w treści Odwołania: „jakkolwiek ustawową stawką podatku VAT dla oferowanych, spornych dostaw, jest 8% bowiem zamówienie dotyczy wyrobów medycznych, to jednak powszechnie na rynku ww. towary są oferowane ze stawką procentową 23%” (vide str. 11 i 12 odwołania). Zatem również Odwołujący ma świadomość, że do wyrobów medycznych, będących przedmiotem sporu, zastosowanie znajduje stawka 8% VAT, natomiast w ocenie Odwołującego był on mimo to uprawniony do zastosowania stawki 23% z uwagi na następujące okoliczności. Po pierwsze jak wskazał Odwołujący, na rynku oferowane przedmioty w zakresie których toczy się spór co do wysokości stawki VAT, sprzedawane są z 23% stawką VAT, wobec czego w ocenie Odwołującego byłoby działaniem na szkodę Odwołującego gdyby kupując te przedmioty z 23% stawką VAT, następnie sprzedawał je Zamawiającemu z

uwzględnieniem preferencyjnej stawki VAT. Po drugie, z uwagi na problemy w pozyskaniu ofert na kompletne parawan i stojak, Odwołujący brał pod uwagę konieczność skompletowania tych przedmiotów zakupując oddzielne części np. w przypadku parawan zakupując oddzielnie stojak i materiał/pokrowiec, a w takim przypadku również zapłaciłby 23% VAT. Odwołujący przedstawił podczas rozprawy dowody, tj. załączniki 3, 4, 5, 6 z których powyższe wynika. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazanej wyżej, Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że cena oferty powinna być wskazana w sposób prawidłowy, w tym powinna zostać zastosowana przez wykonawcę prawidłowa stawka podatku VAT. Nie ma przy tym znaczenia, że wykonawca popełnia błąd polegający na tym, że zamiast stawki preferencyjnej stosuje stawkę podstawową. Wskazać bowiem należy, że o ile z punktu widzenia przepisów prawa podatkowego takie działanie wykonawcy jest dozwolone, to na gruncie prawa zamówień publicznych taki tok rozumowania nie może się ostać. Wyjaśnienia wymaga, że ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców, oferty powinny podlegać tym samym regułom oceny. Żeby tak było oferty muszą dać się ze sobą porównać. Nie będziemy mieć do czynienia z porównywalnością ofert w sytuacji, gdy zostały one sporządzone według odmiennych zasad. Kwestia zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT w ocenie składu orzekającego wpisuje się w sytuację, w której oferty nie są sporządzone według tych samych zasad, a tym samym są nieporównywalne.

W tym miejscu, odnosząc się do „Opinii prawno – podatkowej” załączonej do odwołania, Izba wskazuje, że wnioski z niej wynikające pozostają bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Z opinii tej wynika, że „Jeżeli podatnik wystawi fakturę VAT ze stawką wyższą od stawki obowiązującej na dany towar lub usługę, wówczas niezależnie od tego, że podatek ten został zawyżony, to podatnik ma obowiązek odprowadzenia do budżetu podatku należnego w takiej wysokości, jaka wynika z wystawione faktury VAT”. Jednak zauważyć należy, że jak wskazano wyżej, przedmiotem zamówienia były produkty medyczne, które zostały przez Odwołującego zaoferowane, w związku z czym powinna zostać naliczona przez Odwołującego prawidłowa stawka VAT, a ewentualne trudności Odwołującego w pozyskaniu ofert na produkty medyczne z prawidłową stawką VAT, nie mogą uzasadniać zastosowania w ofercie stawki nieprawidłowej.

Po drugie, wskazać należy, że nie ma sporu co do tego, że w tym postępowaniu Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, jaką do poszczególnych pozycji formularza ofertowego powinni zastosować wykonawcy w tym postępowaniu. Z treści Rozdziału XII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” wynika wprost, że Zamawiający wymagał od wykonawców uwzględnienia w cenie oferty obowiązujących opłat podatkowych (vide pkt 5). Nie zachodzi wobec tego możliwość poprawienia ofert w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. uchwały SN z 20 października 2011 r. sygn. III CZP 52/11 i CZP 53/11).

Po trzecie, nie ma w orzecznictwie tak KIO jak i sądów powszechnych wątpliwości co do tego, że w przypadku zastosowania błędnej stawki VAT oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z 30 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. III Ca 215/19, „Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą, czy też wyższą od prawidłowej”. Ponadto Izba wskazuje, że w sytuacji, gdy na wybór oferty wpływa wysokość zaoferowanej ceny brutto, co niewątpliwie ma miejsce w tym postępowaniu (jednym z kryteriów oceny ofert była cena - 60%), cenotwórczy charakter błędnie zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku VAT, nie pozostaje bez znaczenia i musi skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia charakter oferowanego wynagrodzenia (kosztorysowe, czy ryczałtowe), jak próbował argumentować Odwołujący, bez znaczenia pozostaje też niewielka różnica w cenie jaką spowodował błąd wykonawcy w zakresie zastosowanej stawki VAT.

Z tych względów należało zarzut oddalić.

Ad. zarzutu naruszenia art.7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 104 i 103 kc w zw. z art.781 § 1 KC, art. 10 a ust. 5 d.Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiający się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez FULL-MED niezgodnie z zasadami reprezentacji.

Uzupełnione przez Przystępującego FULL-MED pełnomocnictwo nie jest prawidłowe, z następujących powodów.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że z treści art. 26 ust. 3a ustawy Pzp wprost wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W orzecznictwie Izby prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym nie stoi na przeszkodzie uzupełnieniu pełnomocnictwa specyfika składania podpisu elektronicznego, zawierającego w sobie tzw. znacznik czasu i aby w związku z tym wywodzić wbrew treści pełnomocnictwa, że nie obejmuje ono umocowania do złożenia oferty (vide wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2019 r. sygn. 2366/19).

Po drugie, jak wskazano w treści wyroku Izby z 9 sierpnia 2019 r. sygn. KIO 1443/19 (przywołanego również przez Zamawiającego i Przystępującego FULL-MED) w przypadku, gdy pełnomocnik dokonywał czynności w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, wykonawca może je uzupełnić w formie elektronicznej, z tymże z jego treści musi wynikać, że na dzień dokonywania czynności pełnomocnik był już do tego upoważniony.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie pełnomocnictwo nie było w ocenie Izby prawidłowe ponieważ z jego treści nie wynikało, aby osoba która podpisała w dacie 17 grudnia 2020 r. ofertę była na podstawie tego pełnomocnictwa do tego upoważniona. W piśmie przewodnim z 7 stycznia 2021 r. Przystępujący FULL-MED wskazał, że „w załączeniu przesyła pełnomocnictwo udzielone Panu J. S. – pełniącemu funkcję Członka Zarządu do reprezentowania wykonawcy oraz do zwarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zostało ono wystawione w dniu 14.12.2020 r. na dowód tego przesyłam kopię pełnomocnictwa oraz z ostrożności to samo pełnomocnictwo z podpisami kwalifikowanymi - aktualnymi w reakcji na przepis art. 26 ust. 3a celem potwierdzenia posiadania uprawnienia Pana J. S. w dacie składania oferty.” Jednakże analiza treści pełnomocnictwa nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że na jego podstawie pan J. S. działający w charakterze pełnomocnika nie miał w dacie podpisania oferty tj. w dniu 17 grudnia 2020 r. do tego umocowania wynikającego z dokumentu jaki został Zamawiającemu przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że z dwóch przedstawionych Zamawiającemu pełnomocnictw tylko jedno miało wymaganą formę, tj. to które zostało opatrzone podpisami kwalifikowanymi. Jak wiadomo opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym skan pełnomocnictwa w sytuacji, gdy pochodzi od podmiotu, który pełnomocnictwa udzielił nie może być uznany za elektroniczną kopię, lecz jest dokumentem złożonym w formie elektronicznej, opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kwestia ta została szczegółowo wyjaśniona na przykładzie skanu oferty w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne” dostępnej na stronie internetowej Urzędu. Zatem złożone przez Przystępującego FULL-MED na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo miało prawidłową formę. Oznacza to, że pełnomocnictwo to zostało udzielone w dacie, w której zostało podpisane, rozstrzygające w tym zakresie są daty opatrzenia tego dokumentu podpisami elektronicznymi co miało miejsce w dniu 7 stycznia 2021 r. Jak wskazał Przystępujący FULL-MED

pełnomocnictwo to miało potwierdzać umocowanie pana J. S. do podpisania oferty w dniu 17 grudnia 2020 r., jednak z treści tego pełnomocnictwa okoliczność ta nie wynika. Po pierwsze z pewnością nie ma znaczenia zamieszczona w prawym górnym rogu data 14 grudnia 2020 r. Z samej tylko okoliczności zamieszczenia daty bez stosownego oświadczenia w jakim celu została ona zamieszczona, co z tego faktu wynika nie można wyinterpretować, że wolą mocodawcy było potwierdzenie umocowania osoby do dokonania konkretnej czynności jaką jest złożenie oferty na ten konkretny dzień. Po drugie z samej treści pełnomocnictwa wynika wprost, że: „Niniejsze pełnomocnictwo ważne jest od dnia ustanowienia (...)”, co niewątpliwie miało miejsce wraz z opatrzeniem tego dokumentu podpisami kwalifikowanymi, tj. w dniu 7 stycznia 2021 r. Nie ma wobec tego najmniejszych wątpliwości, że treść pełnomocnictwa nie potwierdza umocowania do złożenia oferty na dzień 17 grudnia 2020 r. Powyższe potwierdzają również przedłożone dowody przez Odwołującego (vide: załącznik 1).

Niemniej jednak powyższe nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, ponieważ została ona złożona zgodnie ze sposobem reprezentacji wskazanym w KRS, a wezwanie wystosowane przez Zamawiającego było w tym przypadku niepotrzebne. Jak wynika z treści odpisu KRS Przystępującego FULL-MED w Rubryce 1 Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu, wskazano następujący sposób reprezentacji: „Do składania oświadczeń w imieniu spółki jest uprawniany każdy członek zarządu samodzielnie. Do rozporządzania prawem lub zaciągania zobowiązań do świadczenia o wartości przekraczającej kwotę 1.200.000,00 ZŁ (jeden milion dwieście tysięcy złotych) uprawnionych jest dwóch członków zarządu działających łącznie lub członek zarządu działający łącznie z prokurentem.”

W tym miejscu Izba wskazuje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym złożenie oferty jest złożeniem oświadczenia woli o gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych przez zamawiającego w SIWZ za cenę podaną w ofercie przez wykonawcę. Nie można utożsamiać złożenia oferty z rozporządzeniem prawem albo zaciągnięciem zobowiązania. (por. wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. KIO 1993/10 oraz wyrok z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. 749/11). Wskazać bowiem należy, że dopiero podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zaciągnięciem zobowiązania, do którego, w tej sprawie, z uwagi na jej wartość, która przewyższa kwotę wskazaną w KRS w przypadku uznania oferty za ofertę najkorzystniejszą, wymagałoby działania dwóch członków zarządu albo członka zarządu razem z prokurentem. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie zgodnie z zasadami reprezentacji Przystępującego FULL-MED było jednoosobowe działanie członka zarządu.

W tym miejscu odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie z 22 lutego 2021 r. zgodnie z którą Odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu oferty Przystępującego FULL-MED Izba wskazuje, że nie sposób z tym stanowiskiem się zgodzić. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że wyroki, na które Zamawiający się w tym zakresie powołuje, zapadły w odmiennym niż w tej sprawie stanie faktycznym. Oferty wykonawców wnoszących odwołanie w sprawach na które powołuje się Zamawiający zostały z postępowań skutecznie odrzucone, tj. w jednym przypadku wykonawca nie kwestionował takiej decyzji zamawiającego w drodze odwołania, w drugim – do odrzucenia oferty nastąpiło w wyniku wydania przez Izbę wyroku, który następnie nie został przez wykonawcę zaskarżony. Żadna z tych sytuacji nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie odwoławczej, a Odwołujący w tym postępowaniu kwestionuje również m.in. poprawność odrzucenia jego oferty.

Ad. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.  
Zarzut podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu że Zamawiający w tym postępowaniu dokonał oceny oferty Przystępującego FULL-MED wyłącznie w oparciu o dołączone do oferty oświadczenia z dnia 17 grudnia 2020 r. że oferowane dostawy odpowiadają treści SIWZ i posiadają niezbędne certyfikaty, wskazać należy, że zgodnie z treścią SIWZ, takie były zasady w tym postępowaniu w zakresie oceny złożonych ofert.

Następnie w zakresie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego przy jednoczesnym braku wskazania tego podmiotu jako podwykonawcy, Izba wskazuje, że jak wynika z treści oferty Przystępującego FULL-MED w sekcji C formularza JEDZ wykonawca ten zaznaczył, w odpowiedzi na Pytanie „czy wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” Przystępujący FULL-MED zaznaczył odpowiedź „tak”. Następnie w sekcji D „podwykonawstwo” Przystępujący FULL-MED wskazał „tak” i uzupełnił dane firmy Kerro K. J. wskazując zakres: „w transporcie montażu i przeszkoleniu personelu Zamawiającego w zakresie mebli zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu (załącznik nr 2A) załączany do SIWZ”. Z załączonego do oferty zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów z dnia 16 grudnia 2020 r. wynika, że podmiot ten oddaje do dyspozycji swój potencjał w zakresie doświadczenia zdobytego przy dostawie mebli w systemie stelaża aluminiowego, mebli z płyty meblowej oraz krzesel, foteli obrotowych zrealizowanego dla jednego ze szpitali wskazanego w treści tego zobowiązania. Ponadto podmiot ten oświadczył, że będzie brać udział w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy w transporcie, montażu i przeszkoleniu personelu Zamawiającego w zakresie mebli zaoferowanych w załączniku 2A do SIWZ. Potencjał zostanie udostępniony przez cały okres obowiązywania umowy.

Zarzut odwołania sprowadza się tylko do tego, że skoro w wymienionych w odwołaniu załącznikach do SIWZ Przystępujący jest producentem mebli na wymiar, to w ocenie Odwołującego powinien w tym zakresie zostać wskazany w charakterze podwykonawcy. Zatem okolicznością która w ocenie Odwołującego ma przemawiać za tym, że firma Kerro powinna zostać wskazana jako podwykonawca w zakresie produkcji mebli jest okoliczność, że firma ta wykona meble na wymiar.

Przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa mebli. Jak wynika z treści dokumentacji postępowania Zamawiający nie wymagał jedynie zaoferowania mebli z tzw. produkcji seryjnej, dopuszczalne było również zaoferowanie mebli na wymiar. W ocenie Izby, skoro w przypadku mebli z produkcji seryjnej wykonawcy nie wskazywali producentów tych mebli jako podwykonawców, to nie ma uzasadnienia dla różnicowania sytuacji wykonawcy tylko ze względu na to, że oferuje meble na wymiar.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut w zakresie w jakim odnosi się do sposobu wskazania nazwy, typu i producenta przedmiotów oferowanych przez Przystępującego FULL-MED a produkowanych przez firmę Kerro. W ocenie Izby oznaczenie to nie odbiega od tych wskazanych chociażby w załącznikach do oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że takie produkty nie powstaną np. za pomocą stosownej korespondencji z producentem tych produktów. Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że podjął jakąkolwiek próbę weryfikacji tych produktów, jedynie ograniczył się do głoślowego twierdzenia o braku takiej możliwości.

Podobnie Izba nie dopatrzyła się naruszenia w zakresie zaniechania wyjaśnienia załącznika 4.38, skoro Zamawiający wymagał w poz. 1 wymiarów szerokość 670 mm (+/-20mm) oraz głębokość 570 mm (+/-20mm), a Przystępujący FULL-MED wskazał szerokość: 650 mm oraz głębokość 550 mm, to, ponieważ wymiar ten wpisuje się we wskazaną tolerancję 20 mm, a założona na rozprawie karta katalogowa te wymiary potwierdza (załącznik 3 złożony przez FULL-MED), nie ma zdaniem Izby potrzeby aby wezwać wykonawcę do wyjaśnienia.

**KIO 346/21**

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

W zakresie zaofferowanego w załączniku nr 4.23 krzesła Amigo, Izba odsyła do argumentacji wskazanej wyżej przy rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego BOVI mimo, iż jej treść odpowiadała treści SIWZ, która pozostaje aktualna dla tego zarzutu.

W zakresie krzesła K1 Classic Pro, zaofferowanego w Załączniku nr 4.07i podłokietników również znaczenie rozstrzygające ma treść SIWZ. W ocenie Izby skoro w treści załącznika 4.07 Zamawiający dwukrotnie używa pojęcia „podłokietniki”, to należy uznać, że za każdym razem słowo użyte w jednym dokumencie ma to samo znaczenie. W poz. 3 Zamawiający wskazał „podłokietniki wykonane z miękkiego tworzywa PU.” Nie może budzić w ocenie Izby wątpliwości, że Zamawiający miał na myśli cały element jakim jest podłokietnik. Wobec tego w poz. 9 gdzie Zamawiający zawarł wymóg: „wysokość podłokietników: 230 mm (+/- 5 mm)” nie ma podstaw do interpretacji, że pojęcie to było rozumiane inaczej niż wysokość całego elementu jakim jest podłokietnik.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Izba nie kwestionuje obowiązku spełniania przez przedmiot oferty wymogów określonych przepisami prawa, czy obowiązującymi w tej branży normami. Jednak wobec braku wyraźnego odwołania się przez Zamawiającego w treści załącznika 4.07 do SIWZ albo załącznika 4.23 do SIWZ do treści takich dokumentów, czy to w zakresie sposobu pomiaru podłokietników, czy też w zakresie pojęcia „siedzisko” nie jest uprawnionym twierdzenie, że należało te dokumenty uzupełniająco bądź pomocniczo stosować. Okoliczności tej sprawy pozwalają na wniosek, że gdyby intencją Zamawiającego było zastosowanie reguł pomiaru szerokości siedziska i sposobu rozumienia tego pojęcia w sposób określony w normie, to Zamawiający dałby temu wprost wyraz w treści załącznika. Podobnie sytuacja wygąda w przypadku podłokietnika. Świadczy o tym treść dokumentacji postępowania gdzie np. w załączniku 4.07 poz. 11 Zamawiający wskazał jakie atesty musi posiadać oferowane krzesło albo np. w załączniku 4.36 i 4.37 gdzie w poz. 7 i 6 Zamawiający odwołał się do określonych dokumentów. Z tego względu dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy Izba oceniła jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, ponieważ odnoszą się one do kwestii, które w tym postępowaniu nie były brane pod uwagę. Zamawiający inaczej bowiem w tym postępowaniu, w odniesieniu do przedmiotów zaofferowanych w załączniku 4.23 i 4.07 rozumiał słowo „siedzisko”, niż wynika to ze złożonych dowodów oraz nie był zainteresowany podaniem „użytkowej” wysokości podłokietnika, tak jak argumentował to Odwołujący, tylko chciał aby podać cały jego wymiar. Zatem skoro w przypadku definicji siedziska i sposobu jego pomiaru oraz w odniesieniu do sposobu pomiaru podłokietników Zamawiający nie odwołał się do żadnych dokumentów stwierdzić należy, że samodzielne odwoływanie się do nich przez Odwołującego jest w okolicznościach przedmiotowej sprawy nadużyciem. Reasumując stwierdzić należy, że zaofferowany przez Odwołującego Lucjan w Załączniku nr 4.23 mebel nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na to, że nie spełnia wymogu szerokości siedziska 530 mm +/- 5 mm podanego w pkt 6 załącznika nr 4.23. W ocenie Izby, gdyby Zamawiający miał na myśli wymiar „po zewnętrznej” tak jak twierdzi Odwołujący, dałby temu wyraz w treści postanowienia. Podobnie sytuacja wygąda z zaofferowaniem krzesła K1 Classic Pro, co do którego Odwołujący Lucjan nie wykazał aby spełniało ono wymagania wskazane w poz. 9 załącznika 4.07 tj. „wysokość podłokietników: 230 mm (+/- 5 mm)”.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 nowej ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 ust. 1 i 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**