Sygn. akt: KIO 1048/17

WYROK
z dnia 14 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 maja 2017** r. przez **Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet** Śląski, **ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący: ……...……..…

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Śląski w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na sukcesywne dostawy mebli biurowych wraz z montażem realizowane wg bieżących potrzeb Zamawiającego przez okres 24 miesięcy od daty zawarcia umowy. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na części: część A- meble biurowe, część B - meble szkolne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lutego 2017r. pod. 2017/S 041-074517.

W dniu 26 maja 2017r. Odwołujący - Tronus Polska sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części A- meble biurowe, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. F. Biuro Perfekt Sp.j. mimo jej niezgodności z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo, że winna ona podlegać odrzuceniu.
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechania wykluczenia wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów oraz naruszenia przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
b. powtórzenia czynności oceny i badania oferty,

c. odrzucenia oferty wykonawcy A. F. Biuro Perfekt Sp.j. jako niezgodnej z treścią SIWZ,
d. wybór oferty Tronus Polska sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 maja 2017r. podniósł, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego: krzesła w ramach zadania 5 w poz. A9 - Reality R209022 producenta SITAG oraz krzesła obrotowego z podłokietnikami A7 – Bravo GTP producenta Nowy Styl.

Odnośnie krzesła Reality R209022 Odwołujący podniósł, że zgodnie z opisem znajdującym się na stronie internetowej producenta wysokość siedziska tego krzesła wynosi od 410mm do 510mm, natomiast głębokość siedziska wynosi 410mm.
Biorąc pod uwagę +_3% tolerancję, dopuszczoną przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że zgodnie z zał. 2A do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia dla części A w ramach zadania 5 w poz. A9 wymiary krzesła powinny mieścić się w granicach:
1. wysokość siedziska:
   a. położenie dolne 417,10 mm - 442,90mm
   b. położenie górne 504,40mm - 535, 60mm
2. głębokość siedziska:
   a. 436,50mm -463,50 mm

Odwołujący podniósł, że wymiary dostępne na stronie internetowej nie mieszczą się w wymaganych wymiarach nawet po uwzględnieniu tolerancji wymiarów. Wykonawca do oferty nie załączył oświadczenia producenta o możliwości wyprodukowania krzesła za zmienionymi wymiarami, dostosowując je do wymagań Zamawiającego, nie załączył nawet oświadczenia własnego potwierdzającego dostarczenie krzesła o zmienionych parametrach. Wyjaśnił także, że w dniu 28.04.2017 r. Zamawiający wezwał A. F. Biuro Perfekt Sp.j. do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego wyznaczając termin złożenia dokumentów do dnia 9.05.2017r. W odpowiedzi, w dniu 5.05.2017 wykonawca złożył wymagane dokumenty, między innymi opis techniczny oferowanych mebli. Odwołujący wskazał, że opis ten jest bezpośrednio skopiowanym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym Zamawiającemu jako załącznik nr 2A do SIWZ z wyłączeniem zdjęć produktów. Wykonawca nie załączył oświadczenia producenta krzesła a nawet oświadczenia własnego o możliwości wyprodukowania krzesła ze zmienionymi parametrami. A nawet gdyby takie oświadczenie złożył to nie zasługiwałoby ono na uwzględnienie, bo stanowiłoby przejaw niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany treści oferty lub negocjacji z Zamawiającym. Na poparcie Odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1946/16 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie Sygn. akt II Ca 2441/16. Odwołujący stwierdził, że złożony przez wykonawcę opis techniczny oferowanych mebli miał na celu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. naruszający art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnośnie krzesła obrotowego z podłokietnikami A7, zaoferowanego w ramach części A postępowania w zadaniu 5 w poz. 1 Odwołujący podniósł, że krzesło Bravo GTP producenta

Nowy styl nie występuje na stronie producenta a także zgodnie z wiedzą Odwołującego zostało ono wycofane z produkcji. W świetle tego wykonawca oferując dostarczenia produktu niebędącego w produkcji naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 wprowadzając Zamawiającego w błąd. Wskazując na powyższe, Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy jednoznacznie podlega odrzuceniu ze względu na złamanie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym Zamawiający zgodnie z art. 89 ustawy Pzp powinien odrzucić ofertę A. F. Biuro Perfekt Sp.j.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i kwestionujący wybór oferty najkorzystniejszej legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący w toku rozprawy złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu dotyczącego krzesła obrotowego z podłokietnikami A7 tj. zaoferowanego przez wykonawcę A. F. Biuro Perfekt sp.j. tj. krzesła Bravo GTP producenta Nowy Styl.

W zakresie spornym między stronami dotyczącym spełniania parametrów technicznych krzesła Reality R209022 producenta SITAG, Izba ustaliła, że w załączniku 2A do Siwz Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w części A w ramach zadania 5 poz. A9 krzesło Zamawiający podał następujące wymagania co do parametrów technicznych:
- wysokość siedziska od 430mm do 520mm,
- głębokość siedziska – 450mm.
- szerokość siedziska 480mm
- ogólna wysokość 1000mm do 1160mm
-ogólna głębokość 640mm
-ogólna szerokość 640mm
Zamawiający dopuścił tolerancję wymiarów + /- 3%
W rozdz. II pkt 1.5 d SIWZ Zamawiający podał, że w przypadku, gdy w opisie technicznym wskazuje dopuszczalny zakres tolerancji lub zakres wymaganych parametrów technicznych

– parametry oferowanych mebli winny mieścić się we wskazanych przez Zamawiającego zakresach. Wszelkie możliwe dopuszczalne przez Zamawiającego tolerancje wymiarowe mebli zostały określone w załączniku nr2A/2B do SIWZ.
Wykonawca A. F., zaoferował krzesło Reality R209022 producenta SITAG i potwierdził w ofercie spełnianie poniższych parametrów:
- Wysokość siedziska – 430mm do 520mm
- Głębokość siedziska 450 mm
- Szerokość siedziska 480mm
- Ogólna wysokość 1000 mm do 1160mm
- Ogólna głębokość 640mm
- Ogólna szerokość 640 mm.
Celem potwierdzenia spełniania wymagań, o których mowa w art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego) w zakresie części A, Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2017r. wezwał wykonawcę A. F. Biuro Perfekt sp. j. do złożenia oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę opisu technicznego oferowanych mebli wraz ze wskazaniem wszystkich parametrów technicznych spełniających wymagania Zamawiającego określone w załączniku nr 2A do SIWZ. W odpowiedzi, w dniu 5 maja 2017r. wykonawca złożył Zamawiającemu opis techniczny oferowanych mebli, w którym potwierdził spełnienie wymagań co do parametrów technicznych krzesła Reality R209022 producenta SITAG. Opis techniczny jest powieleniem parametrów technicznych określonych w załączniku nr 2A.
Izba dopuściła jako dowody w sprawie:

1. złożone przez Odwołującego: akt notarialny z dnia 18 maja 2017 r. potwierdzający wydruk ze strony internetowej informacji o produkcie Reality R209022 producenta SITAG, opinię Laboratorium Badań i Certyfikacji Przemysłu Meblarskiego sp. z o.o. z dnia 9 czerwca 2017r.
2. złożone przez Zamawiającego: korespondencję z przedstawicielem SITAG Formy Siedzenia sp. z o.o., w tym oświadczenie producenta z dnia 26 maja 2017r, kartę katalogową produktu krzesło obrotowe Reality R209022 oraz wyjaśnienia Sitag Formy Siedzenia Sp. z o.o. z dnia 30 maja 2017r.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba oddaliła odwołanie,

wskazując, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie udowodnił, że zachodzi niezgodność parametrów technicznych oferowanego krzesła Reality R209022 producenta SITAG z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.
W pierwszej kolejności, wskazać należy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą rozszerzył w stosunku do zakresu objętego

odwołaniem zarzuty dotyczące niespełnienia parametrów technicznych przez krzesło Reality R209022 producenta SITAG. Pierwotnie, w odwołaniu wskazał na niespełnienie parametru wysokości i głębokości siedziska. W toku rozprawy wyjaśnił, powołując się na złożoną opinię Laboratorium Badań i Certyfikacji Przemysłu Meblarskiego, że parametr wysokości siedziska jest spełniony i w tym zakresie wycofał zarzut. Podtrzymywał zarzut niezgodność parametru głębokości siedziska oraz jako nowe zarzuty wskazał na niezgodność parametru ogólnej głębokości i ogólnej szerokości.
W tym zakresie Izba uznała, że zgodnie z treścią art. 180 ust 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest z obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. Wskazanie konkretnych uchybień zakreśla ramy postępowania odwoławczego, art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.
W rozpatrywanej sprawie podnoszone nowe okoliczności dotyczące innych niż w odwołaniu niezgodności w zakresie parametrów technicznych (ogólnej szerokości i ogólnej głębokości), mimo iż mieszczą się we wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to jednak winny być traktowane jako nowy zarzut, który jako spóźniony nie może być przez Izbę rozpoznany.

W zakresie będącym przedmiotem sporu, Izba oceniła zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i uznała za wiarygodne oświadczenie producenta z dnia 26 maja 2017r., skierowane do Zamawiającego, w którym potwierdzono parametry krzesła Reality R209022, w tym jego głębokość wynoszącą 450mm, która odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Na marginesie wskazać należy, że oświadczenie to potwierdza także spełnienie innych kwestionowanych przez Odwołującego parametrów: wysokości, ogólnej głębokości i szerokości. Oświadczenie to zostało podpisane przez Dyrektora Handlowego Sitag Formy Siedzenia sp. z o.o., który jest uprawniony do składania tego typu oświadczeń. Dodatkowo parametry krzesła Reality R209022 zostały potwierdzone w załączonej Zamawiającemu karcie katalogowej produktu. Z dokumentu tego wynika wprost, że głębokość siedziska wynosi 45 cm. Oceniając wiarygodność tych dowodów, Izba wzięła pod uwagę to, że

dokumenty na które powołuje się Zamawiający są dokumentami zewnętrznymi, wystawionymi przez samego producenta krzesła. Producent ten jednocześnie wyjaśnił, że informacje zawarte na stronach internetowych, na które powołuje się Odwołujący, nie stanowią oferty w rozumieniu Kodeksu cywilnego i w ostatnim czasie dane na stronie internetowej nie były aktualizowane (pismo z dnia 30 maja 2017r.). Z tych względów, Izba nie dała wiary informacjom o parametrach technicznych krzesła, pochodzącym ze strony internetowej, która była objęta aktem notarialnym, złożonym przez Odwołującego. Złożona jako dowód w sprawie opinia Laboratorium Badań i Certyfikacji Przemysłu Meblarskiego sp. z o.o. ma charakter opinii prywatnej, wydanej na zlecenie Odwołującego zainteresowanego określonym rozstrzygnięciem sporu i z uwagi na to może być traktowana wyłącznie jako stanowisko strony w sprawie. Niezależnie od tego oceniając moc dowodową złożonej opinii, Izba wskazuje, że wątpliwości budzi sam sposób pomiaru parametrów, który jest widoczny

na załączonych zdjęciach. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia nie wykazał, że sposób pomiaru jest zgodny z normą PN-EN 1335-1:2004, choćby przez załączenie tej normy. Ponadto Laboratorium Badań i Certyfikacji Przemysłu Meblarskiego sp. z o.o. nie jest akredytowaną jednostką certyfikującą Polskiego Centrum Akredytacji, a tylko opinia takiej jednostki mogłoby być uznana za wiarygodną.
Podsumowując, Izba uznała, że opinia Laboratorium Badań i Certyfikacji Przemysłu Meblarskiego sp. z o.o. nie stanowi wiarygodnego przeciwdowodu w stosunku do informacji o parametrach technicznych krzesła Reality R209022 zawartych w oświadczeniu producenta oraz karcie katalogowej. Dodatkowo wskazać należy, że jednym dokumentem podanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w oparciu o który Zamawiający miał dokonać oceny spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, było oświadczenie wykonawcy zawierające opis techniczny oferowanych mebli. Takie oświadczenie zostało w toku postępowania o zamówienie publiczne złożone przez wykonawcę A. F. Biuro Perfekt sp. j.
Z tych względów, Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uznanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

……..