

Sygn. akt: KIO 3099/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę K. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Cormed MD K. L. z siedzibą w Pruszcze Gdańskim, ul. H. Sienkiewicza 6B/32 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Czeladzi, ul. Szpitalna 40

Uczestnik po stronie zamawiającego:

- wykonawca Tronus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ordona 2A

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy K. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Cormed MD K. L. z siedzibą w Pruszcze Gdańskim, ul. H. Sienkiewicza 6B/32 tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3099/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na „Dostawa krzeseł behawioralnych dla CZP” zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.07.2024 r. pod numerem 2024/BZP 00413352/01

W dniu 20 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej informację o unieważnieniu postępowania.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawca K. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Cormed MD K. L. z siedzibą w Pruszcze Gdańskim, ul. H. Sienkiewicza 6B/32 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 sierpnia 2024 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, pomimo że przyczyny wskazane przez zamawiającego nie są wadami postępowania i nie uniemożliwiają zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa pomimo faktu, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku skonkretyzowania przedmiotu oferty, jak również przedstawionego opisu parametrów technicznych, co uniemożliwia weryfikację zgodności oferty z dokumentami zamówienia; ewentualnie
3. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez odwołującego jako jedyna nie podlega odrzuceniu.

Wniósł o:

- o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, oraz nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności z dnia 20 sierpnia 2024 r., polegającej na unieważnieniu

postępowania,

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty wykonawcy Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa (dalej „Tronus”)
4. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania.

W przypadku, gdyby odwołanie odwołującego zostało uwzględnione oferta odwołującego byłaby ofertą najwyższej ocenioną, a w konsekwencji została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący nie podlega bowiem wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym na skutek bezprawnych działań oraz zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść wymierną faktyczną i majątkową szkodę na skutek nieudzielenia mu przedmiotowego zamówienia publicznego.

W wyznaczonym terminie składania ofert wpłynęły dwie oferty. W dniu 20.08.2024 r. zamawiający unieważnił postępowanie podając następujące uzasadnienie: „Uzasadnienie faktyczne:

Na etapie badania złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający stwierdził, że zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie sporządzenia załącznika do oferty wg Załącznika nr 5 zostały określone nieprecyzyjnie. Zapisy te bowiem nie zawierały jednoznacznego wymogu wskazania przez wykonawcę jakie konkretne normy dotyczą zaoferowanych krzeseł, tzn. czy krzesła spełniają wskazane w Załączniku nr 5 normy ognioodporne zgodne z: UL 94 HB i Cal 133 czy też normy równoważne, a jeśli tak to jakie konkretne normy spełniają. Analogiczne zapisy dotyczyły także norm dotyczących sposobu testowania oferowanych krzeseł („Krzeseło testowane zgodnie z normą BS 5852: 2006 Klauzula 12 Źródło zapłonu 0,1 & 5 (lub równoważne)”, „Krzeseło testowane pod kątem

intensywnego użytkowania spełnia normę BS-EN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne)”). Pomimo, że parametry te były wymaganymi dla oferowanych krzeseł nieprecyzyjne zapisy SWZ pozwoliły na złożenie oferty przez jednego z wykonawców, w której wskazał on, że krzesła spełniają „normy ognioodporne zgodne z: UL 94 HB i Cal 133 (lub równoważne) Klasyfikacja palności tworzyw sztucznych”. Także w zakresie norm dotyczących sposobu testowania oferowanych krzeseł wykonawca podał, że: „Krzeseło testowane zgodnie z normą BS 5852: 2006 Klauzula 12 Źródło zapłonu 0,1 & 5 (lub równoważne)” oraz „Krzeseło

testowane pod kątem intensywnego użytkowania spełnia normę BS-EN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne)”).

Niestety także wyjaśnienia zapisów SWZ z dnia 19.07.2024r. nie spowodowały doprecyzowania wadliwych zapisów SWZ czy też usunięcia ich niejednoznacznego charakteru.

Stwierdzić więc należy, że zapisy SWZ umożliwiły wykonawcy skopiowanie zapisów dotyczących wymaganych przez Zamawiającego parametrów oferowanych krzeseł zamiast

wskazania konkretnych parametrów oferowanych krzeseł. Natomiast ewentualne wyjaśnienia treści oferty w powyżej wskazanym zakresie prowadziłyby do niedopuszczalnej w świetle art. 223 i art. 187 ustawy zmiany treści oferty.

Treść jednej ze złożonych w postępowaniu ofert nie pozwala Zamawiającemu – w świetle nieprecyzyjnych zapisów SWZ - dokonać prawidłowej oceny, w szczególności w zakresie jednoznacznego ustalenia czy zaoferowane krzesła spełniają wymagania Zamawiającego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest brak możliwości porównania ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponieważ wada ta została ujawniona po otwarciu ofert Zamawiający nie może jej usunąć na obecnym etapie postępowania.

Tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która powoduje, że doszło do złożenia nieweryfikowalnych, a tym samym nieporównywalnych ofert”.

W ocenie odwołującego zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie może budzić wątpliwości, że zamawiający może unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie, co skutkuje tym że ustawa nie daje możliwości unieważniania postępowania na podstawie subiektywnej oceny zamawiającego. Katalog przesłanek z ustawy jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Nie ulega wątpliwości, iż do dokonania czynności z art. 255 pkt 6 ustawy konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej.

Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania, zatem jego decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona, a postępowanie kontynuowane zgodnie z przewidzianą w ustawie

procedurą od momentu, w którym zostało przerwane.

Zdaniem odwołującego nie wystąpiła żadna z okoliczności pozwalających na unieważnienie postępowania. Zamawiający nie wykazał, aby podane przez niego okoliczności miały wpływ na możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego też, zdaniem odwołującego, zamawiający, dokonując czynności unieważnienia postępowania, w sposób rażąco naruszył przepisy ustawy, co uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w

prowadzonym postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny, wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna.

Odwołujący podkreślił, że art. 255 pkt 6 ustawy, stanowiący o niemożliwej do usunięcia wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu, umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 ustawy, który zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Pojęcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pojęciem ustawowym, a przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy. Tylko i wyłącznie przesłanki unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 42,2 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Podkreślił, że żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 ustawy nie obejmuje takiej podstawy faktycznej, jaka została wskazana w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego tj. sporządzenia nieprecyzyjnego (w ocenie zamawiającego) opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazał podstawy unieważnienia umowy w zakresie art. 457 ust. 1 ustawy, jedynie stwierdzając w uzasadnieniu prawnym, że:

„Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy, ponieważ

postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Odwołujący zauważył, że zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie przedstawił pełnego uzasadnienia dla podjętej czynności unieważnienia postępowania. W szczególności nie wykazał, dlaczego przedstawione przez niego okoliczności wskazują na to, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie wykazał, że podjęta przez niego czynność unieważnienia postępowania w miejsce przystąpienia do czynności pełnego badania i oceny ofert, jest uzasadniona. Tymczasem zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy: O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (...) - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający nie wskazał, jakie jego zdaniem zostały naruszone przez niego przepisy ustawy i dlaczego takie naruszenie powinno być zakwalifikowane jako podstawa do unieważnienia zawartej umowy. Samo wskazanie na przepis art. 225 pkt 6 ustawy bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności. Już zatem z tego względu odwołanie podlega uwzględnieniu. W ocenie odwołującego zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził z tego skutki prawne, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na treść Formularza asortymentowo-cenowego, obarczone jest wadą, która powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania.

W ocenie odwołującego nie zaistniała żadna wada, która mogłaby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia i Formularz nr 5 zostały sporządzone prawidłowo. Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji

technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Tak właśnie zamawiający uczynił wskazując na cechy przedmiotu zamówienia dotyczące ognioodporności i testowania oferowanych krzeseł prawidłowo wskazał na konkretne normy i przy ich wskazaniu dopuścił rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszyły wyrazy „lub równoważne”. W takim przypadku na wykonawcy ciążył dowód skonkretyzowania według jakiej normy badał oferowane krzesło, jest to bowiem wiedza, którą tylko on posiada. Fakt, że jeden z wykonawców skopiował w ofercie postanowienia SWZ bez podania według jakich konkretnych norm badał cechy oferowanego krzesła nie stanowi o wadzie postępowania.

Przeciwnie to czynność samego unieważnienia jest wadliwa, a zamawiający działając zgodnie z ustawą nie powinien upatrywać wady w tym że jeden z wykonawców złożył

nieprawidłową, podlegającą odrzuceniu ofertę, co zostało przedstawione w uzasadnieniu kolejnych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W treści załącznika nr 2 do SWZ „FORMULARZ ASORTYMENTOWO – CENOWY” Zamawiający wymagał podania m.in. następujących informacji:

„Nazwa proponowanego produktu – wpisać w zależności od posiadanych parametrów w celu identyfikacji danego produktu”.

Wykonawca Tronus w treści złożonej oferty napisał: „TR-KK58”, który to opis nie pozwala w żaden sposób na identyfikację przedmiotu oferty.

Odwołujący podkreślił, że nie jest rolą zamawiającego domyślanie się, co wykonawca oferuje. Jeżeli w SWZ zawarte było żądanie podania określonych informacji identyfikujących przedmiot zamówienia, to obowiązkiem wykonawcy było wskazać te informacje w ofercie. Brak ich wskazania nie może skutkować przerzuceniem na zamawiającego odpowiedzialności za ustalenie, co wykonawca oferuje.

Dodatkowo złożona przez wykonawcę Tronus karta katalogowa również nie pozwala na powzięcie informacji jakie dokładnie krzesło, przez kogo produkowane i o jakich dokładnie cechach zostało zamawiającemu zaoferowane.

Zauważył, że przedmiot oferty powinien być sprecyzowany i nie budzić wątpliwości. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy może mieć miejsce m.in. w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych (w tym wypadku) dostaw z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i

interesy zamawiającego. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego.

Nie jest w tym zakresie wystarczające oparcie się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy (wynikającym ze złożonego formularza ofertowego), że oferta jest zgodna z SWZ, zbędny byłby wówczas etap badania zgodności oferty z SWZ, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać należy, że to z oferty wynikać w sposób jednoznaczny co dany wykonawca oferuje zamawiającemu, tzn. jako produkt stanowi przedmiot oferty i jakie ma cechy.

Dodatkowo w treści złożonego przez wykonawcę Tronus załącznika pn. „Opis Wymaganych Parametrów Technicznych” wykonawca ten w ostatnich 3 wierszach tabeli napisał: Opis wymaganych parametrów

Krzesło spełniają normy ognioodporne zgodne z: UL 94 HB i Cal 133 (lub równoważne) Klasyfikacja palności tworzyw sztucznych

Parametry oferowane Krzesło testowane zgodnie z normą BS 5852: 2006 Klauzula 12 Źródło zapłonu 0,1 &5 (lub równoważne)

Krzesło testowane zgodnie z normą BS 5852: 2006 Klauzula 12 Źródło zapłonu 0,1 &5 (lub równoważne)

Krzesło testowane pod kątem intensywnego użytkowania spełnia normę BS-EN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne)

Krzesło testowane pod kątem intensywnego użytkowania spełnia normę BS-EN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne)

Krzesło testowane pod kątem intensywnego użytkowania spełnia normę BS-EN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne)

Z podanych przez wykonawcę informacji nie można wywieść według jakiej normy były badane (testowane) oferowane parametry, czy tej określonej przez zamawiającego czy równoważnej, a jeżeli równoważnej to jakiej. Oświadczenie wykonawcy ma także kolejne wady:

- wykonawca nie potwierdził, jak tego wymagał zamawiający, czy krzesło spełnia normy ognioodporne zgodne z: UL 94 HB i Cal 133 (lub równoważne) Klasyfikacja palności tworzyw sztucznych, w odpowiedzi na to wymaganie odniósł się bowiem do innej normy.
- wykonawca nie potwierdził, jak tego wymagał zamawiający czy krzesło było testowane zgodnie z normą BS 5852: 2006 Klauzula 12 Źródło zapłonu 0,1 & 5 (lub równoważne), a wskazał, że krzesło testowane pod kątem intensywnego użytkowania spełnia normę BSEN 16139:2013 poziom 2. (lub równoważne).

Dla wyjaśnienia różnicy pomiędzy wymaganiami zamawiającego a oświadczeniami wykonawcy odwołujący podniósł:

Norma UL 94, dotyczy bezpieczeństwa palności tworzyw sztucznych została opublikowana przez Underwriters Laboratories w USA. Norma określa tendencję materiału do gaszenia lub rozprzestrzeniania płomienia, gdy próbka została zapalona.

Standard CAL 133, znany również jako California Technical Bulletin 133, to regulacja określająca normy palności dla mebli używanych w przestrzeniach publicznych. Obejmuje to miejsca takie jak placówki opieki zdrowotnej, hotele, stadiony i budynki rządowe. Standard ten ma na celu zapewnienie, że meble w tych środowiskach spełniają określone wymagania dotyczące bezpieczeństwa pożarowego, aby chronić osoby przebywające w przypadku pożaru.

Norma BS 5852: 2006 to brytyjski standard dotyczący oceny palności materiałów tapicerowanych, takich jak meble. Standard ten określa metody testowe do oceny zapalności kombinacji materiałów używanych w tapicerowanych siedzeniach, w tym pokrowców i wypełnień, pod wpływem różnych źródeł zapłonu, takich jak papierosy czy płomień zapalek. Testy zgodnie z normą BS 5852: 2006 są przeprowadzane w specjalnych warunkach laboratoryjnych, gdzie ocenia się, jak materiały reagują na kontakt z ogniem. Celem jest zapewnienie, że meble spełniają określone wymagania bezpieczeństwa pożarowego, aby minimalizować ryzyko pożaru w domach i miejscach publicznych.

Norma BS-EN 16139:2013, poziom 2, określa wymagania dotyczące wytrzymałości, trwałości i bezpieczeństwa mebli siedziskowych użytkowanych poza domem. Poziom 2 (Extreme Use) jest przeznaczony dla mebli, które będą używane w bardzo wymagających warunkach, takich jak miejsca publiczne o dużym natężeniu ruchu. Norma ta obejmuje testy wytrzymałościowe, które sprawdzają, jak meble radzą sobie z różnymi obciążeniami i warunkami użytkowania.

Celem jest zapewnienie, że meble są wystarczająco trwałe i bezpieczne dla użytkowników.

Każda z wyżej wymienionych przez zamawiającego norm pochodzi z innego kraju, dotyczy innych cech oferowanych mebli, odnosi się do różnych sposobów ich badania, inaczej są badane cechy dotyczące ognioodporności inaczej wytrzymałości - nie może być wobec tego przywoływana w sposób dowolny i zamienny.

W swoim oświadczeniu wykonawca miesza i przedstawia wymagania i odpowiedzi na nie, co uniemożliwia weryfikację zgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie odnosi w ogóle do wymagania aby krzesło spełniało normy ognioodporne zgodne z: UL 94 HB i Cal 133 (lub równoważne).

Warto nadmienić że złożone w formularzu „Opis Wymaganych Parametrów Technicznych” oświadczenia o spełnianiu przez oferowane krzesła określonych, wskazanych w SWZ, norm i dodaniu zwrotu „lub równoważne” nie może zostać potraktowane jako drobna omyłka. Wykonawca Tronus świadomie w udzielanych odpowiedziach na potwierdzenie spełniania wymagań odnosił się do innych norm niż określone w danej pozycji przez zamawiającego, a

norm dotyczących ognioodporności UL 94 HB i Cal 133 (lub równoważne) w ogóle nie przywołał. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca Tronus zaoferował w taki nieprecyzyjny sposób rozwiązanie równoważne do oczekiwanych przez zamawiającego to zgodnie z ustawą,

w przypadku oferowania przedmiotu zamówienia, którego cechy zostały zbadane według norm równoważnych do norm wskazanych przez zamawiającego, wykonawca ten w celu uniknięcia odrzucenia swojej oferty winien udowodnić w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 ustawy, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia (art. 101 ust. 5 i 6 ustawy). Tego jednak wykonawca nie uczynił. Oznacza to że brak jednoznaczności treści oferty w powyższym zakresie wyklucza możliwość zweryfikowania czy złożona oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym przez zamawiającego.

Ewentualne sprecyzowanie przedmiotu oferty dopiero na etapie wyjaśnień jej treści przez wskazanie czy to producenta oferowanego modelu krzesła, czy też innych informacji pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu czy też jego cech, w tym oferowania rozwiązania równoważnego jest niedopuszczalne, ponieważ stanowi uzupełnienie oferty o treść, która się w niej pierwotnie nie znalazła. Natomiast jak stanowi art. 223 ust. 1 ustawy w toku

badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Oznacza to, że wyjaśnieniu podlega istniejąca treść oferty, a wyjaśnienia nie mogą stanowić negocjacji. Innymi słowy, jeśli dana treść w ofercie nie istnieje, nie ma czego wyjaśniać.

"(...)obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby Zamawiający miał pewność, co jest przedmiotem świadczenia".

W ofercie wykonawcy Tronus brak było wskazania informacji pozwalających na identyfikację przedmiotu jego oferty, jak również jego cech w związku z czym brak jest możliwości uzupełnienia tych informacji po upływie terminu składania ofert, co kwalifikuje tą ofertę do odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku art. 218 ust. 2 ustawy.

W dniu 27 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Tronus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie, ul. Ordona 2a. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego, bo złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia. Interes w przystąpieniu polega także na tym, że w przypadku utrzymania w mocy decyzji o unieważnieniu postępowania będzie mógł złożyć ofertę w kolejnym postępowaniu na ten sam przedmiot i ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 marca 2024 r. udzielonego przez Prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 10 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wskazując, że uwzględnił częściowo zarzut odwołania tj. w części dotyczącej braku w uzasadnieniu zaskarżonej czynności wskazania przepisów, które zostały naruszone i wyjaśnienia dlaczego takie naruszenia uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający oświadczył, że w dniu 10.09.2024 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania z dnia 20.08.2024 r. dokonaną w przedmiotowym postępowaniu.

Powołał jako dowód Informację o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 10.09.2024 r.

Zamawiający uwzględniając odwołanie i unieważniając czynność unieważnienia postępowania zobowiązany jest prowadzić dalej postępowanie wracając do etapu czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego postępowanie odwoławcze winno zostać na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy umorzone w zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy ponieważ dotyczy czynności, która utraciła swój byt, czyli zaistniał de facto brak substratu zaskarżenia (tak też KIO w wyroku z dnia 3 września 2020 r., sygn. KIO 1693/20, KIO 2014/20).

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania tj. zaniechania odrzucenia oferty przystępującego (rzekome naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy) oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego (rzekome naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy) zamawiający nie uwzględnił ich i wskazał, że zarzuty te należy uznać za przedwczesne, tym bardziej w świetle faktu, że na skutek unieważnienia zaskarżonej czynności postępowanie wróciło do etapu badania i oceny ofert.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że unieważnienie przez zamawiającego zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania nie może być pominięte przy ocenie złożonego odwołania. Za podstawę orzeczenia winien być bowiem brany stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku

postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu. Tym samym, unieważnienie przez zamawiającego zaskarżonej w odwołaniu czynności powoduje, że zmianie uległ stan faktyczny, który jest uwzględniany przy wydawaniu przez Izbę orzeczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawcę Tronus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania i jednocześnie wykonał żądanie odwołania w zakresie uwzględnionego zarzutu, czyli unieważnił czynność unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236). W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego, czyli unieważnił zaskarżoną przez odwołującego czynność unieważnienia postępowania. Izba przyznaje też rację zamawiającemu, że skoro pierwotnie unieważnił postępowanie z powodu zaistniałej w jego ocenie wady, to nie dokonał oceny

ofert i w jej konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty są przedwczesne.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej otworzy się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania z powodu zaistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a czynność ta w dniu 10 września 2024 r. została przez zamawiającego ubezwzględniiona.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporne unieważnienie postępowania, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca:.....