Sygn. akt: KIO 3651/24

WYROK

Warszawa, 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2024r. przez wykonawcę:

SIGMA Sp. z o.o. Opole (KRS: 26659)ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Oddział w Legnicyprzy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia**:**

T.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą CADABRA T.P. Ostrów Wielkopolski

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika oraz 784 zł 30 gr (siedemset osiemdziesiąt cztery złote trzydzieści groszy) tytułem kosztów dojazdu poniesionych przez odwołującego.

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:……..…...……..

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Legnicy (59-220 Legnica, ul. Grabskiego 26) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup foteli obrotowych dla pracowników Oddziału ZUS w Legnicy" Nr postępowania: 190000.271.5.2024-ZAP, (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

7 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia SIGMA Sp. z o.o. Opole (45-864 Opole, ul. Niemodlińska 87)(dalej odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności zamawiającego.

Odwołujący zaskarżył zaniechanie odrzucenia oferty T.P. - CADABRA T.P. Ostrów Wielkopolski (63¬400 Ostrów Wielkopolski, ul. Południowa 58) i jej wybór jako najkorzystniejszej.

9 października 2024 r. w związku z przekazaniem 8 października 2024 r. przez zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza T.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „CADABRA” T.P. Ostrów Wielkopolski (ul. Południowa 58, 63-400 Ostrów Wielkopolski) (dalej przystępujący lub CADABRA). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. z art. 107 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CADABRA i jej wybór jako najkorzystniejszej, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada SWZ, albowiem w Załączniku nr 1 do formularza oferty wykonawca ten oświadczył w poz. nr 2, że oferuje krzesło model UTILA produkcji firmy Nowy Styl Sp. o.o., które nie spełnienia wymagań SWZ, albowiem nie posiada parametrów wymaganych Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz nie przedłożono dla niego wymaganego atestu wytrzymałościowego;

ewentualnie, z ostrożności, podnoszę także zarzut naruszenia:

2.art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 i w zw. z art. 16 i 17 oraz art. 239 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CADABRA i jej wybór jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, gdyż została w

sposób niedozwolony w ustawie, zmieniona po upływie terminu składania ofert, albowiem pomimo, że w Załączniku nr 1 do Formularza oferty wykonawca ten oświadczył, że oferuje krzesło model UTILA produkcji firmy Nowy Styl Sp. o.o., to z treści przedłożonych przez niego, na wezwanie zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych w postaci karty katalogowej i Atestu (sprawozdania) Nr 74/21/W z dnia 23.03.2021 r., a także oświadczenia samego wykonawcy z 6 września 2024 r., bezspornie wynika, iż rzeczywistym przedmiotem jego oferty jest krzesło model ENJOY-R-HRMA-ERGOHUMAN (dalej także ERGOHUMAN) produkcji firmy Nowy Styl Sp. o.o.;

3.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CADABRA i jej wybór jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na wprowadzeniu w błąd zamawiającego co do oferowanego przedmiotu zamówienia, poprzez złożenie oświadczenia z 6 września 2024 r. o niezgodnej ze stanem faktycznym treści oraz dokonanie zmiany wcześniejszej zawartości swojej strony internetowej (www.officecadabra.pl) na potrzeby złożonego oświadczenia, polegającej na umieszczeniu pod nazwą krzesła UTILA producenta Nowy Styl, krzesła model ENJOY-R-HRMA- ERGOHUMAN tego samego producenta, podczas, gdy z historycznej wersji strony internetowe wynika, że dotychczas pod nazwą krzesła UTILA producenta Nowy Styl w ofercie CADABRA widniało rzeczywiste krzesło UTILA producenta Nowy Styl (posiadające wygląd i cechy oraz parametry krzesła UTILA Nowy Styl).

Odwołujący wnosił o zobowiązanie zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty CADABRA, powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty CADABRA.

Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Przystępujący w trybie art. 523 ust. 1 i 2 Pzp zgłosił sprzeciw do uwzględnienia odwołania w całości i wnosił o jego oddalenie.

Strony i uczestnik powoływały się na dokumenty postępowania.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z:

- katalogów Nowy Styl do krzesła UTILA i ERGOHUMAN na okoliczność oferowania obu rodzajów krzeseł oraz tego, ż krzesło pod nazwą UTILA nie spełnia warunków SWZ a krzesło pod nazwą ERGOHUMAN spełnia warunki SW (bezsporne);
- karty katalogowej złożonej przez CADABRA w innym postępowaniu dla oferowanego tam krzesła UTILA, która dotyczyła krzesła odpowiadającego krzesłu z katalogu Nowy Styl pod nazwą UTILA na okoliczność oferowania przez CADABRA krzesła katalogowego UTILA pod nazwą UTILA izba stwierdza, że dowód wskazuje jedynie na sprzedaż krzesła katalogowego UTILA pod nazwą UTILA przez CADABRA)
- Atestu (sprawozdanie) Nr 49/24/W z dnia 20.05.2024 r. złożonego przez CADABRA wraz karta katalogową w ww postępowaniu na okoliczność jak powyżej (izba stwierdza jak wyżej)
- zrzuty ekranu stanu aktualnego strony internetowej CADABRA oraz z wyników wyszukiwania z wyszukiwarki Google i z historycznej wersji strony internetowej CADABRA na okoliczność dokonywania zmian na stronach internetowych przez CADABRA w celu zmanipulowania danych na potrzeby niniejszego postępowania(tutaj izba oceniła, że dowód ten samodzielnie nie jest wystarczający dla określenia intencji przystępującego, zaś inne dowody wskazują powody aktualizacji stron (wycofanie z produkcji niektórych modeli) zaś zrzut historyczny obrazujący zaoferowanie pod nazwą fotel obrotowy UTILA SWIVEL Chair Mesh Black Nowy Styl katalogowego UTILA wskazuje jedynie na to, że obecni model ten nie jest dostępny i, że był oferowany pod tą nazwą przez CADABRA);

Zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodu dokumentów w postaci dwóch zrzutów ekranu strony internetowej CADABRA w celu wykazania, że obecnie wyszukiwarka na stronie internetowej wykonawcy www.officecadabra.pl, wyświetla informację o braku dostępności produktów UTILA i ERGOHUMAN (zamawiający załączył jedynie zrzu dotyczący UTILA jako katalogowego UTILA).

Przystępujący wnosił o dopuszczenie dowodu z:

- faktury Nowy Styl wystawionej na produkt „Fotel do gabinetu obrotowy z zagłówkiem Utila" ze wskazaniem kodu charakterystycznego wyłącznie dla produktu katalogowego Nowy Styl pod nazwą ERGOHUMAN
- oświadczenia Nowy Styl że „za fakturą (...) zostały Państwu sprzedane/ dostarczone krzesła ENJHOY – R- HRMA - ERGOHUMAN wg nomenklatury nazewnictwa Nowy Styl sp. z o.o., nazwane Fotel do gabinetu obrotowy z zagłówkiem Utila, według nomenklatury nazewnictwa Cadabra"

na fakt posługiwania się przez CADABRA oraz w stosunkach pomiędzy Nowy Styl i CADABRA nazwa UTILA d katalogowego krzesła ERGOHUMAN a tym samym zgodności oferty z SWZ i braku zasadności zarzutów,

- informacji ze strony informacyjnej Nowy Styl dla dystrybutorów o tym, że produkt katalogowy ERGOHUMAN zosta wycofany i jest dostępy do wyczerpania stanów magazynowych – na okoliczność potrzeby zmian na stronie internetowej.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności, że:

1.W pkt 4.3.1 SWZ Oferta i jej wymogi formalne, zamawiający określił, że na ofertę składa się m. in. Formularz ofertowy wypełniony zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ oraz Załącznik nr 1 do Formularza oferty - potwierdzenie - oświadczenie zgodności wszystkich oferowanych krzeseł/foteli z przedmiotem zamówienia. W Załączniku nr 1 do Formularza oferty, zamawiający pozostawił miejsca do uzupełnienia: „Producent: (...)" i pod spodem „Model: (...)" oraz niżej wymagania w stosunku do produktu z pozostawieniem wykonawcom zaznaczenia opcji TAK – spełnia albo NIE – nie spełnia (SWZ)SWZ nie zawierał definicji pojęć producent i model;

2.Przystępujący wypełnił formularz wpisując: Producent: Nowy Styl, Model: Utila oraz zaznaczył dla każdego wymagania w stosunku do oferowanego produktu odpowiedź TAK potwierdzającą, że dane wymaganie lub parametr techniczny oferowanego krzesła obrotowego do gabinetu z zagłówkiem jest spełniane przez zaoferowany produkt (oferta CADABRA);

3.W ogólnodostępnym katalogu Nowy Styl znajdowały się krzesła pod nazwą ERGOHUMAN (spełniające wszystkie wymagania SWZ) (SWZ, ogólnodostępne katalogi Nowy Styl oraz zrzuty z ekranu wyszukiwarki wskazujące, że CADABRA oferowała pod nazwą UTILA (ze specyficznym dookreśleniem nazwy oraz opisem technicznym) producenta Nowy Styl fotel katalogowy UTILA oraz pod nazwą fotel UTILA (ze specyficznym dookreśleniem nazwy i opisem technicznym) odpowiadający fotelowi katalogowemu ERGOHUMAN producenta Nowy Styl);

4.Oferta CADABRA na stronie internetowej ulegała zmianom, ze względu na zmiany oferowanego asortymentu, w tym także wycofanie się Nowy Styl z dalszego oferowania produktu występującego w ogólnodostępnym katalogu Nowy Styl pod nazwą ERGOHUMAN aż do wyczerpania zapasów (zrzuty z ekranu wyszukiwarki wskazujące, że CADABRA oferowała fotel UTILA producenta Nowy Styl oraz fotel UTILA odpowiadający fotelowi katalogowem ERGOHUMAN producenta Nowy Styl, informacja ze strony informacyjnej Nowy Styl dla dystrybutorów o wycofaniu z oferty ERGOHUMAN do wyczerpania zapasów);

5.Na październik 2024 r. oferta CADABRA po wpisaniu na stronie internetowej wyszukiwarki zawierała informacje zarówno o krześle UTILA (pod określeniem: „Fotel obrotowy UTILA SWIVEL CHAIR MESH BLACK Nowy Styl" zaznaczeniem, że produkt jest aktualnie niedostępny) (w ofercie ogólnodostępnej Nowy Styl pod nazwą UTILA) oraz pod tą samą nazwą krzesło UTILA (pod określeniem „Krzesło pracownicze UTILA" niżej ze wskazaniem „Nowy Styl" – z zaznaczeniem ceny 5340 zł brutto) (w ofercie ogólnodostępnej Nowy Styl pod nazwą EREGOHUMAN) (zrzuty z ekranu wyszukiwarki na stronie internetowej CADABRA)

6.CADABRA i odwołujący są dystrybutorami produktów firmy Nowy Styl, która nie jest sprzedawcą detalicznym (zgodne oświadczenia odwołującego i przystępującego);

Dalej, w oparciu o ofertę CADARBRA, przedmiotowe środki dowodowe wraz z oświadczeniem CADABRA oraz niezakwestionowanymi skutecznie przez odwołującego oświadczeniem producenta i fakturą Nowy Styl, izba ustaliła, że:

7.Nowy Styl sprzedawał CADABRA krzesła nazwane w ogólnodostępnym katalogu ERGOHUMAN pod nazwą UTILA;

Mając na uwadze powyższe izba ustaliła, że

8.Historycznie w ogólnodostępnej ofercie CADABRA znajdowało się krzesło występujące w ogólnodostępnym katalogu Nowy Styl pod nazwą ERGOHUMAN, ale sprzedawane na rzecz CADABRA pod nazwą UTILA i pod nazwą (UTILA z dookreśleniem) dalej oferowane przez CADABRA swoim klientom oraz krzesło występujące w ogólnodostępnym katalogu Nowy Styl pod nazwą UTILA sprzedawane przez CADABRA klientom pod tą nazwą ale z innym dookreśleniem niż odnoszące się do katalogowego ERGOHUMAN. Ze wskazaniem, że producenta Nowy Styl

Izba ustaliła również, w oparciu o ofertę, wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych i przedmiotowe środki dowodowe wraz z oświadczeniem oraz wybór oferty najkorzystniejszej, że:

9.W toku badania i oceny ofert stwierdzono, że CADABRA nie złożyła z ofertą środków dowodowych, których zamawiający wymagał zgodnie z rozdziałem 2 pkt 2.1.6. SWZ;

10.Pismem z 30 sierpnia 2024 r. zamawiający - działając na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp - wezwał CADABRA do uzupełnienia środków dowodowych.

11.6 września 2024 r. CADABRA złożyłśrodki dowodowe dla oferowanych w Formularzu ofertowym krzeseł/foteli do gabinetu, obrotowych z zagłówkiem i profilem lędźwiowym - Producent Nowy Styl, Symbol produktu UTILA (6 szt.):

a. Kartę katalogową oferowanych krzeseł/foteli zawierającą nazwę producenta (Nowy Styl), symbol produktu (UTILA), okres gwarancji (60 miesięcy) oraz pozostałe dane takie jak np. widok, wymiary i opis techniczny oraz instrukcję obsługi, które są analogiczne do tych, jakie w swoim katalogu wskazuje Nowy Styl dla produktu pod nazwą ERGOHUMAN .

b. Atest wytrzymałościowy w zakresie bezpieczeństwa użytkowania wg normy PN-EN 1335 -1:2020, dla

krzesła/fotela modelu ERGOHUMAN wykonany na zlecenie Nowy Styl wraz z oświadczeniem CADABRA, ż „nazwa krzesła „ERGOHUMAN” jest oznaczeniem producenta Nowy Styl Sp. z o. o., natomiast w ofercie firmy „CADABRA" figuruje pod nazwą UTILA”

Informacja z oświadczenia o oferowaniu przez CADABRA krzesła modelu ERGOHUMAN Nowy Styl pod nazw UTILA na stronie internetowej CADABRA została zweryfikowana, lecz nie zapisana, przez zamawiającego w toku Postępowania na stronie internetowej wykonawcy, na której po wpisaniu w wyszukiwarkę nazwy krzesła Utila pojawiał się wynik wyszukiwania jako krzesło ERGOHUMAN Nowy Styl(Izba okoliczność tę ustaliła biorąc pod uwagę i dając wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, na podstawie zrzutów z ekranu ze strony internetowej CADABRA potwierdzających dokonywanie zmian w zakresie oferowanego asortymentu, treść oferty wskazującą na wolę zaoferowania krzesła odpowiadającego technicznym cechom katalogowego krzesła Nowy Styl ERGOHUMAN, które oferowane było przez CADABRA pod nazwą UTILA, oraz potwierdzenia tej okoliczność oświadczeniem CADABRA a także nie podważonym przez odwołującego oświadczeniem oraz fakturą Nowy Styl wskazującymi na to, że produkt funkcjonujący w katalogu Nowy Styl pod nazwą ERGOHUMAN sprzedawany jest dla CADABRA pod nazwą UTILA)

5.Mając na uwadze powyższe zamawiający uznał, że atest oraz karta katalogowa a tym samym oferowany produkt spełnia wymagania SWZ dotyczące parametrów zaoferowanego krzesła/fotela do gabinetu, obrotowych z zagłówkiem i profilem lędźwiowym w tym wymagane w Opisie przedmiotu zmówienia (Załącznik nr 10 do SWZ); i dokonał 26 września 2024 r. wyboru oferty CADABRA jako najkorzystniejszej

Izba oparła się na dokumentach postępowania oraz przedłożonych przez strony i uczestnika dowodach.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania (w szczególności SWZ, oferty przystępującego, przedmiotowych środków dowodowych) oraz oświadczenia i faktury Nowy Styl, zrzutów z ekranu komputera i katalogów Nowy Styl, z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Wszystkie opierały sią na założeniu, że intencją wykonawcy i treścią oferty objęte było zaoferowanie produktu nazwanego w katalogu Nowy Styl jako UTILA, niespełniającego wymagań i parametrów określonych SWZ i wymienionych w ofercie. Podczas, gdy, co ustaliła izba w oparciu o zebrany materiał dowodowy, przystępujący zaoferował produkt określany w katalogach własnych jako UTILA i dostarczany mu przez producenta Nowy Styl pod tą nazwą a będący produktem funkcjonującym w katalogach Nowy Styl pod nazwą ERGOHUMAN, który spełnia parametry SWZ i wskazane w ofercie. Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty z SWZ, dokonania niezgodnej z Ustawą zmiany treści oferty (zmiany oferowanego produktu) a tym samym wprowadzenia zamawiającego w błąd wypełniającego przesłanki uznania tej czynności za czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe przystępującego znajdują oparcie w dokumentach postępowania a także dodatkowych dowodach. Odwołujący nie wykazał, by było inaczej - nie przedłożył dowodów wystarczających do wykazania zasadności zarzutów i zaprzeczenia okolicznościom wykazanym przez przystępującego.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w

sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.
W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest więc do odrzucenia oferty, wyłącznie jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy.
Zgodnie z art. 223 ust. 1 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Norma art. 107 ust. 1 i 4 przewiduje zaś, że Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą i zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z przepisami ustawy, której treść zmieniona została pomimo braku spełnienia warunków określonych art. 223 ust. 2 i sprzecznie z art. 223 ust. 1 Pzp.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 odrzuceniu podlega oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności art. 3 w zw. z art. 10 polegającego na konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładem takiego działania może być zgodnie z w/w art. 10 w/w ustawy każde działanie, wprowadzające przedsiębiorcę lub klienta w błąd, podjęte w celu wpłynięcia na jego na decyzję co do nabycia towaru lub usługi. W niniejszym przypadku miało ono polegać na oferowaniu produktów danego producenta pod zamienionymi nazwami, stosowanymi przez tego producenta, co prowadzi do uniemożliwienia potencjalnym nabywcom, identyfikacji oferowanego produktu. W niniejszym przypadku nie doszło i nie mogło dojść do wprowadzenia w błąd zamawiającego, wobec wyraźnego wskazania cech produktu charakterystycznych dla jednego produktu Nowy Styl a następnie przy składaniu środków dowodowych wskazania o jaki produkt chodzi – opisany w katalogu Nowy Styl jako ERGOHUMAN a oferowanego przez wykonawcę pod nazwą UTILA z przedstawieniem w katalogu jego wyglądu parametrów. Wykonawca w tym przypadku nie wskazał ani nie wykazał na czym polegać miał cel wpłynięcia na decyzję zamawiającego opisania produktu jako UTILA ani wpływ na rozstrzygnięcie Postępowania.
Dla powstania obowiązku zastosowania, którejkolwiek z objętych odwołaniem podstaw odrzucenia, oprócz innych konieczne byłoby wykazanie dokonania zmiany treści oferty – zastąpienie pierwotnie oferowanego produktu innym. Okoliczność nie została wykazana, o czym było wyżej.
Stąd odwołanie zostało oddalone.
Izba stoi na stanowisku, że niezależnie od ciężaru dowodowego opisanego Ustawą, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne, jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. W niniejszej sprawie dowody odwołującego, w świetle dokumentów postępowania oraz dowodów dodatkowo złożonych w toku postępowania odwoławczego nie były wystarczające dla wykazania dokonania zmiany treści oferty i w konsekwencji zarzuty podlegały oddaleniu. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców".
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.
Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……...