Sygn. akt KIO 2691/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Białostocki przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Tobo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Powiatowi Białostockiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Tobo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku,
2. oddala odwołanie w pozostałej części,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., w 2/5 (słownie: dwóch piątych) części oraz zamawiającego Powiat Białostocki w 3/5 (słownie: trzech piątych) części i:
   3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,
   3.2. zasądza od Powiatu Białostockiego na rzecz S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., kwotę 11 171 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemdziesiąt jeden złoty) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

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.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt KIO 2239/24

UZASADNIENIE

W dniu 29 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy S.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.L., (dalej jako „Odwołujący") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy o tytule „Dostawa mebli do nowego budynku Starostwa Powiatowego w Białymstoku" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez zamawiającego Powiat Białostocki (dalej jako „Zamawiający") na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tobo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku.

Odwołujący zarzucił:

„1)podjęcie czynności niezgodnej z przepisami ustawy polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TOBO sp. z o.o. pomimo tego, iż nie jest to oferta najkorzystniejsza,

2)niesłuszne odrzucenie oferty PB Logistyka .S.B. pomimo tego, Wykonawca, nie złożył oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art.3 ust.1, ust.2, art.13 ust.1ustawy z dnia16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz.1233)

3)podanie niespójnej, niejasnej podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty P.L., czym nie spełniono przesłanki art. 253 ust.1 ustawy tj. obowiązku podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia wniosku.

4)zasady równego traktowania Wykonawców – art. 16 ustawy poprzez ocenę oferty P.L. w sposób faworyzujący jednego Wykonawcę – firmę TOBO sp. z o.o., gdyż wszystkie pozostałe oferty zostały odrzucone a oferta TOBO sp. z o.o. nie została odrzucona pomimo zaistnienia ku temu podstaw. Zamawiający błędnie dokonał oceny oferty ARBOR MEBLE sp. z o. o w ramach kryterium oceny ofert, która to oferta została odrzucona, co świadczy o nierzetelnej

ocenie ofert.

5)zaniechanie odrzucenia oferty firmy TOBO sp. z o.o. pomimo tego, iż przedłożony atest na pianki nie potwierdza spełnienia wymagań OPZ, czym naruszono art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy.”.

Odwołujący wniósł o „o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności z dnia 17 lipca 2024 r. polegającej na wyborze oferty jako najkorzystniejszej oferty TOBO sp. z o.o.

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty P.L..

3)dokonania ponownej oceny i badania ofert z udziałem oferty P.L.

4)odrzucenie oferty TOBO sp. z o.o.”,

a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z fakturą przedstawioną rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Tobo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła załączone do odwołania pismo datowane na 15 czerwca 2023 r. Jak wynika z treści odwołania, miałoby ono służyć ustaleniu, że Przystępujący „niezależnie od zawartych danych w kartach katalogowych dostępnych na stronie internetowej oferuje zmodyfikowane wersje produktów na indywidualne zamówienie, które nie są ogólnie dostępne”. Zważywszy ponadto, że fakt ten jest powoływany w związku z tym, iż „Zamawiający na etapie procesu badania i oceny ofert zaczął wymagać, aby karty katalogowe producenta oferowanych foteli, sofy i krzeseł pochodziły np. ze strony internetowej, katalogu itp. w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie mebli) z konkretnej kolekcji” w sytuacji, gdy odwołanie w niniejszej sprawie nie zostało wniesione na czynności wezwania do złożenia czy uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, brak jest podstaw aby uznać, że jest to fakt istotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Uwzględniwszy ten sam przepis Izba pominęła dokumenty dotyczące sofy K3, fotela K4 i krzesła K5 złożone przez Przystępującego na rozprawie w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, które mogły służyć wyłącznie ustaleniu okoliczności, które nie zostały wskazane w treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Ponieważ, jak wskazano poniżej, Izba rozpoznawała odwołanie w granicach tego uzasadnienia, okoliczności te nie stawiły więc faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W zakresie dokumentów dotyczących fotela biurowego K1, złożonych przez Przystępującego na rozprawie w odniesieniu do zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, należy wskazać, że zasadność zarzutu naruszenia tego przepisu Izba oceniała w zakresie przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które dotyczyły wyłącznie treści przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego w Postępowaniu. W takiej sytuacji jedynie te przedmiotowe środki dowodowe były zatem istotne dla ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wymaga przy tym podkreślenia, że złożenie w postępowaniu odwoławczym dokumentów, które miałyby służyć potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia nie zastępuje złożenia takich dokumentów jako przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a ich złożenie nie skutkuje zastąpieniem czy uzupełnieniem dokumentów złożonych w tym postępowaniu.

Dokumenty złożone przez Przystępującego nie miały więc znaczenia dla ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, co również wobec treści art. 531 Pzp uzasadniało ich pominięcie.

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 250519-2024.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty Odwołującego - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 253 ust. 1 Pzp - były uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Stosownie do art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk") „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.". Art. 13 ust. 1 uznk stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu". W art. 253 ust. 1 Pzp określono zaś, iż „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne".

W rozdziale III ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") Zamawiający określił, że „Przedmiotem Umowy jest dostawa mebli do nowego budynku Starostwa Powiatowego w Białymstoku, fabrycznie nowych, nieużywanych, wolnych od wad w asortymencie i ilości określonej w Załączniku nr 2 do Umowy, zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy, zwanym dalej SOPZ".

W rozdziale III ust. 11 pkt 1) lit. d) SWZ Zamawiający określił, że „Przedmiotowe środki dowodowe: Wykonawca złoży wraz z ofertą karty katalogowe krzeseł i foteli, zawierające opis i rysunek z dokładnymi wymiarami, a także zdjęcie poglądowe produktu. Dotyczy pozycji od K1 do K7 oraz S1 i S2. Karta katalogowa powinna konkretnie wskazywać, której pozycji z formularza cenowego dotyczy.".

W rozdziale XII ust. 4 SWZ określono, iż „Wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: 1) Wypełniony formularz cenowy; 2) Przedmiotowe środki dowodowe określone w Rozdziale III pkt 11 SWZ; 3) Karty katalogowe krzeseł i foteli, zawierające opis i rysunek z dokładnymi wymiarami, a także zdjęcie poglądowe produktu. Dotyczy pozycji od K1 do K7 oraz S1 i S2. (…)".

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 3 do SWZ, miał treść „(…) 6. Fotele i krzesła. S1 – Fotel do karmienia (…)
Zdjęcie poglądowe
S2 – fotele do gabinetu starosty (…)
Zdjęcie poglądowe (…)
K3 - Sofa 2-osobowa (…)
Zdjęcie poglądowe
K4 – fotel do gabinetów (…)
Zdjęcie poglądowe (…)".

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 6 czerwca 2024 r. pismo o treści „Zarząd Powiatu Białostockiego z siedzibą przy ul Borsuczej 2 w Białymstoku, działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej Pzp, oraz postanowień rozdz. III pkt 11 ppkt 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), wzywa do uzupełnienia środków dowodowych określonych w pkt 11 rodz. III SWZ w zakresie potwierdzającym zgodność oferowanych mebli z wymaganiami, jakie postawił względem nich Zamawiający. W rozdz. III pkt 11 ppkt 1) Zamawiający wymienił środki dowodowe, a w rozdz. XIII pkt 4 ppkt 3) i 4) zobowiązał Wykonawców do ich złożenia wraz z ofertą. Wymienione w SWZ przedmiotowe środki dowodowe mają na celu dookreślenie oferty. Wykonawca zobowiązany do realizacji zamówienia winien zrealizować je w taki sposób, aby

dochować wymagań określonych w SWZ. Przedmiotowe środki dowodowe mają na celu konkretne potwierdzenie zgodności oferty z treścią SWZ. W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że nie załączyli Państwo wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, co uniemożliwia Zamawiającemu ocenę zgodności oferowanych mebli z wymaganymi w SWZ. Zamawiający w rozdz. III pkt 11 ppkt 2) przewidział możliwość uzupełnienia oferty o przedmiotowe środki dowodowe, dlatego wyzywa do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. (…) Wykaz dokumentów do uzupełnienia: (…) d) karty katalogowe krzeseł i foteli, zawierające opis i rysunek z dokładnymi wymiarami, a także zdjęcie poglądowe produktu. Dotyczy pozycji od K1 do K7 oraz S1 i S2. Karta katalogowa powinna konkretnie wskazywać, której pozycji z formularza cenowego dotyczy."

Odwołujący przekazał Zamawiającemu datowane na 10 czerwca 2024 r. pismo wraz z którym jako przedmiotowe środki dowodowe złożył:

1. kartę katalogową o treści „S1 – Fotel do karmienia (…) Model S1, producent PB Furniture sp. z o.o., poz. 37 formularza cenowego (…)
   ",
2. kartę katalogową o treści „S2 – fotele do gabinetu starosty model S2, producent PB Furniture sp. z o.o. poz. 38 formularza cenowego (…)
   ",
3. kartę katalogową o treści „K3 producent PB Furniture sp. z o.o. model K3 poz. 41 formularza cenowego - Sofa 2-osobowa (…)
   ",
4. kartę katalogową o treści K4 – fotel do gabinetów o parametrach jak niżej: producent PB Furniture sp. z o.o., model K4 poz. 42 formularza cenowego (…)
   ".

W dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Zarząd Powiatu Białostockiego, 15-569 Białystok, ul. Borsucza 2, zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej Pzp, informuje, iż: 1) jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez: TOBO Sp. z o.o. Kuriany 104 15-588 Białystok Uzasadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty: Oferta Wykonawcy spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. (…) 2) w postępowaniu zostały odrzucone oferty niżej wymienionych Wykonawców: (…) VIII) Oferta nr 9 – P.L. – ul. Jana Kozietulskiego 38/1, 85-657 Bydgoszcz wobec wystąpienia okoliczności określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższy przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonej w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej zwanej: „ustawą uznk". W konsekwencji przytoczyć należy definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji, zawartą w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ustępu 2 przytoczonego powyżej przepisu zawiera katalog czynów stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, wśród których znajduje się naśladownictwo produktów. Z kolei art. 13 ust. 1 uznk określa naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych w ofercie, dlatego Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca br. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w dokumentów, wśród których znajdowały się karty katalogowe krzeseł, foteli oraz sofy. Wymogiem SWZ było, aby karty te zawierały opis, rysunek z dokładnymi wymiarami, a także zdjęcie poglądowe produktu. Dotyczyło pozycji od K1 do K7 oraz S1 i S2. W odpowiedzi Wykonawca jako karty katalogowe załączył opisy i rysunki identyczne, jak te opisane przez Zamawiającego w SWZ (zarówno co do treści jak i grafiki), dopisując do nich nazwy producentów i modele oferowanych mebli. Jako modele producenta PB Furniture Sp z o.o. zostały przywołane nazwy porządkowe (robocze) użyte w SWZ przez Zamawiającego. Analizując tak przedłożone „karty katalogowe" Zamawiający powziął wątpliwości co do tak przedstawionych kart. Dotyczyło to mebli producenta PB Furniture Sp. z o.o. W swoich wątpliwościach Zamawiający stwierdził, że tak przedstawione „karty katalogowe", będące w istocie opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ, nic nie wnoszą do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ. W odpowiedzi Wykonawca stwierdził, że „Niezrozumiałe jest wezwanie przedstawienia karty katalogowej producenta ofertowanych foteli, sofy i krzesła np. ze strony internetowej), katalogu itp. w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie mebli) skoro taka karta katalogowa Producenta została złożona, a Zamawiający potwierdza, że jest ona odzwierciedleniem SWZ, co należy rozumieć za zgodne z SWZ. Żadne przepisy nie konkretyzują jak powinna wyglądać karta katalogowa a Producent ma w

tym zakresie pełną swobodę." Zamawiający odnosząc się do tych wyjaśnień zauważa, że ta swoboda Producenta doznaje pewnych ograniczeń. Tymi ograniczeniami są prawa innych producentów do ich własności przemysłowej, patentowej, ograniczenia wynikają również z praw autorskich. Zwrócił uwagę na ten aspekt również inny Wykonawca, zarzucając „przywłaszczenie" zdjęć (rysunków) produktów, których Wykonawca użył do przygotowania swoich kart i podpisania się pod nimi jako własne – dotyczyło pozycji S1, S2, K3, K4. Dlatego Zamawiający pismem z dnia 09 lipca br. ponownie zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w świetle zarzutów konkurencyjnego Wykonawcy. Wezwany do wyjaśnień Wykonawca w kontekście ewentualnych naruszeń treści § 4 ust. 2 pkt 3 Istotnych postanowień Umowy, w którym wybrany Wykonawca ma złożyć oświadczenie, że meble nie posiadają wad prawnych oraz przesłanki o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, która stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy uznk, w ogóle nie odniósł się do tych kwestii. W odpowiedzi Wykonawca głównie skupił się na naruszeniu jego dóbr osobistych i zniesławieniu przez konkurencyjnego Wykonawcę. W wyjaśnieniach Wykonawca słusznie zwrócił jednak uwagę, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z użyciem zdjęć poglądowych. Wykonawcy mieli jednak zaoferować już konkretne meble pochodzące z konkretnej kolekcji konkretnego producenta. Zamawiający przyznaje, że faktycznie posiłkował się zdjęciami innych producentów dla zobrazowania przedmiotu danych mebli wskazując przy tym, że są to zdjęcia poglądowe. Zamawiający podkreśla, że zdjęcia poglądowe zamieszczone w SWZ pozyskane z Internetu nie „wymuszały" zaoferowania mebli tych producentów, których zdjęcia zostały zamieszczone w SWZ. W żadnym razie nie były przyzwoleniem na ich bezrefleksyjne wprowadzenie do własnej kolekcji przez innych producentów. Tymczasem Wykonawca skopiował zdjęcia poglądowe zawarte w SWZ i wykorzystał skopiowane materiały jako własne opracowania do stworzenia własnej kolekcji. Poglądowe zdjęcia, to nie konkretne produkty oznaczone co do nazwy i producenta. Zamawiający opisując konkretne meble wskazał na istotne ich elementy, jednak to Wykonawcy mieli zaoferować konkretne meble i nie naruszyć przy tym praw innych producentów. Wykonawca nie dołożył żadnej staranności, aby uniknąć naśladownictwa, podrabiania, podszywania się czy przypisywania sobie autorstwa, zmieniając choćby szatę graficzną, pewne charakterystyczne detale jednak zapewniając zgodność z opisem zawartym w SWZ. Jeżeli na etapie prowadzonego postępowania, Zamawiający uzyskał dokumenty w postaci oświadczeń innych producentów w postaci: „Informujemy, także, że nie współpracujemy z firmą PB Forniture Sp. z o.o. i nie wyraziliśmy zgody na posługiwanie się zdjęciami naszego fotela", to są to poważne prawne wątpliwości co do poczynań Wykonawcy w kontekście popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdza, że wobec skali podobieństwa prawdopodobieństwo zaistnienia takiej zbieżności przypadkowo jest praktycznie zerowe, nie można zatem uznać tych kart katalogowych na płaszczyźnie formalnoprawnej za wiarygodne dokumenty będące własnością Wykonawcy. Takie działanie jest dwojako szkodliwe, bo może naruszać prawa producenta i po drugie –narusza interes Zamawiającego, przejawiający się braku możliwości rzetelnej weryfikacji oferowanego produktu pod kątem spełnienia wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp wprowadzają zasadę, iż w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych istnieje już podstawa do odrzucenia oferty to odrzucenie oferty jest obowiązkiem Zamawiającego (patrz: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 380/11). Zamawiający mając na względzie własne poważne wątpliwości co do złożonych w ofercie kart katalogowych poparte oświadczeniami producentów mebli, którzy potwierdzają, że oferowane meble przedstawią zdjęcia ich mebli, a nie zdjęcia mebli PB Furniture Sp. z o.o. podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy. (…)".

Konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). Mając ponadto na uwadze treść powołanego wyżej art. 253 ust. 1 Pzp, należy uznać, że w przypadku gdy odwołanie jest wnoszone na czynność odrzucenia oferty, konieczność zapewniania, że odwołanie jest skutecznym środkiem odwoławczym, powoduje, iż rozpoznając takie odwołanie Izba orzeka w granicach zawartych w odwołaniu zarzutów, w tym przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp, oraz treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, które zamawiający podał wykonawcy informując o tej czynności.

Z powyższego wynika, że w sytuacji, gdy w związku z czynnością odrzucenia jego oferty wykonawca zarzuca zarówno naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp, jak i przepisu na podstawie którego zamawiający odrzucił ofertę, w pierwszej kolejności powinien być rozpoznany zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp. Stwierdzenie, że przepis ten został naruszony, gdyż zamawiający nie podał prawidłowo uzasadnienia faktycznego lub prawnego ww. czynności, może powodować, że ze względu na ten brak w istocie niemożliwe będzie dokonanie oceny zgodności czynności odrzucenia oferty z przepisem, na podstawie którego została ona dokonana.

Nie może ulegać wątpliwości, że w przypadku, gdy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 7) Pzp, czyli jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, wynikający z art. 253 ust. 1 Pzp obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności obejmuje wskazanie w warunkach którego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w uznk oferta została złożona, na czym ten czyn polegał oraz przedstawienie okoliczności uzasadniających uznanie, że wystąpiły wszystkie określone w przepisie uznk przesłanki, których wystąpienie jest konieczne dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji (na przykład w przypadku czynu określonego w art. 3 ust. 1 uznk – jakie działanie nastąpiło, że działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, oraz że działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta). Brak powyższego skutkuje zaś nie tylko koniecznością stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 Pzp, ale także – ze względu na brak możliwości uznania w takiej sytuacji, że zamawiający prawidłowo uznał, iż nastąpił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk – że oferta została złożona w warunkach takiego czynu, a w konsekwencji że istniała podstawa do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawartym w opublikowanej 18 lipca 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jako podstawa prawna czynności został podany wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp – co prawda zostały w nim powołane art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ust. 1 uznk, lecz żaden z tych przepisów nie został wskazany jako stanowiący podstawę prawną ww. czynności w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. Z przedmiotowego uzasadnienia nie wynika przy tym jednoznacznie, czy Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 13 ust. 1 uznk (będącego jednym z czynów wyszczególnionych w art. 3 ust. 2 uznk) czy że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 uznk, nie będącego czynem wyszczególnionym w art. 3 ust. 2 uznk.

Mając na uwadze powyższe w związku z twierdzeniami Odwołującego, że w świetle ww. uzasadnienia „nie wiadomo którego podmiotu dotyczą zarzuty Zamawiającego, jakiego producenta naruszono prawa i na czym dokładnie to naruszenie polegało tj. czy na przewłaszczeniu zdjęć i użyciu ich w karcie katalogowej, czy na naśladownictwie cudzych produktów, czy podrabianiu, podszywaniu się , przypisywaniu autorstwa" oraz iż Zamawiający „nie opisał dokładnie na czym polegało złożenie oferty przez Odwołującego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 13 ust.1 czy też art.3 ust.2 u.z.n.k" należy stwierdzić, że twierdzenia te w dużej mierze są trafne.

Niewątpliwie w uzasadnieniu tym obszernie opisano czynności podejmowane w Postępowaniu przez Zamawiającego i Odwołującego dotyczące złożonych przez Odwołującego kart katalogowych oraz wskazano „Tymczasem Wykonawca skopiował zdjęcia poglądowe zawarte w SWZ i wykorzystał skopiowane materiały jako własne opracowania do stworzenia własnej kolekcji. Poglądowe zdjęcia, to nie konkretne produkty oznaczone co do nazwy i producenta. Zamawiający opisując konkretne meble wskazał na istotne ich elementy, jednak to Wykonawcy mieli zaoferować konkretne meble i nie naruszyć przy tym praw innych producentów. Wykonawca nie dołożył żadnej staranności, aby uniknąć naśladownictwa, podrabiania, podszywania się czy przypisywania sobie autorstwa, zmieniając choćby szatę graficzną, pewne charakterystyczne detale jednak zapewniając zgodność z opisem zawartym w SWZ. Jeżeli na etapie prowadzonego postępowania, Zamawiający uzyskał dokumenty w postaci oświadczeń innych producentów w postaci: „Informujemy, także, że nie współpracujemy z firmą PB Forniture Sp. z o.o. i nie wyraziliśmy zgody na posługiwanie się zdjęciami naszego fotela", to są to poważne prawne wątpliwości co do poczynań Wykonawcy w kontekście popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdza, że wobec skali podobieństwa prawdopodobieństwo zaistnienia takiej zbieżności przypadkowo jest praktycznie zerowe, nie można zatem uznać tych kart katalogowych na płaszczyźnie formalnoprawnej za wiarygodne dokumenty będące własnością Wykonawcy. Takie działanie jest dwojako szkodliwe, bo może naruszać prawa producenta i po drugie –narusza interes Zamawiającego, przejawiający się braku możliwości rzetelnej weryfikacji oferowanego produktu pod kątem spełnienia wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp wprowadzają zasadę, iż w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych istnieje już podstawa do odrzucenia oferty to odrzucenie oferty jest obowiązkiem Zamawiającego (patrz: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 380/11). Zamawiający mając na względzie własne poważne wątpliwości co do złożonych w ofercie kart katalogowych poparte oświadczeniami producentów mebli, którzy potwierdzają, że oferowane meble przedstawią zdjęcia ich mebli, a nie zdjęcia mebli PB Furniture Sp. z o.o. podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy.".

Nie sposób na podstawie ww. uzasadnienia, w szczególności zacytowanego wyżej fragmentu, określić jednoznacznie, w warunkach którego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w uznk została złożona oferta Odwołującego ani na czym ten czyn polegał. Nie jest nawet jasne, do których zdjęć odnosi się stwierdzenie „Wykonawca skopiował zdjęcia poglądowe zawarte w SWZ i wykorzystał skopiowane materiały jako własne opracowania do stworzenia własnej kolekcji"; można jedynie domniemywać (biorąc pod uwagę powołany w ww. uzasadnieniu „zarzut" „innego Wykonawcy"), że dotyczy ono zdjęć mebli oznaczonych jako S1, S2, K3 i K4.

W takim stanie rzeczy należało uznać, że z zawartego w opublikowanej 18 lipca 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika w

sposób jasny i jednoznaczny, dlaczego oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, w szczególności nie przedstawiono okoliczności uzasadniających uznanie, że wystąpiły wszystkie określone w przepisie uznk przesłanki, których wystąpienie jest konieczne dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadniało to stwierdzenie, że Zamawiający nie zadośćuczynił prawidłowo obowiązkowi wynikającemu z art. 253 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji naruszenia tego przepisu.

Niezależnie od poniższego w takiej sytuacji nie sposób uznać, że Zamawiający prawidłowo przyjął, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji że istniała podstawa do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. Wobec tego konieczne było stwierdzenie naruszenia tego przepisu.

W związku z przedstawionymi w odwołaniu i w trakcie rozprawy stanowiskami stron w zakresie tego, co miało być uwidocznione na zdjęciu zawartym w karcie katalogowej mebli oznaczonych jako S1, S2, K3 i K4, na marginesie wymaga zauważenia, że w zawartym w opublikowanej 18 lipca 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż „poglądowe zdjęcia, to nie konkretne produkty oznaczone co do nazwy i producenta".

Niewątpliwe jest, że w dokumentach zamówienia w Postępowaniu Zamawiający używał sformułowania „zdjęcie poglądowe" nie tylko w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, ale także określając zawartość karty katalogowej, którą ma złożyć wykonawca w rozdziale III ust. 11 lit. d) i rozdziale XIII ust. 4 pkt 3) SWZ, jak również wzywając Odwołującego do uzupełnienia środków dowodowych pismem datowanym na 6 czerwca 2024 r.

Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Zamawiającego, iż w składanej przez wykonawcę karcie katalogowej powinny być zdjęcia oferowanego produktu. Z treści rozdziału III ust. 11 lit. d) i rozdziału XIII ust. 4 pkt 3) SWZ nie wynika, że użyte w nich sformułowanie „zdjęcie poglądowe" należy rozumieć odmiennie niż w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ - wobec czego należy je rozumieć tak samo.

Skoro więc „poglądowe zdjęcia, to nie konkretne produkty oznaczone co do nazwy i producenta", to należy przyjąć, że w składanych przez wykonawcę kartach katalogowych mebli oznaczonych jako S1, S2, K3 i K4 nie miały (a przynajmniej nie musiały) znajdować się zdjęcia konkretnego produktu „oznaczonego co do nazwy i producenta". W konsekwencji nie ma powodów aby uznać, że skoro zdjęcia tych mebli zawarte w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, są zdjęciami poglądowymi, to takie same zdjęcia zawarte w złożonych przez Odwołującego kartach katalogowych zdjęciami poglądowymi nie są.

Samo to, że w rzeczonych kartach katalogowych znajdowały się takie same zdjęcia poglądowe mebli oznaczonych jako S1, S2, K3 i K4 jak zdjęcia poglądowe tych mebli zawarte w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, nie uzasadniało zatem odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Dokonując oceny zgodności czynności odrzucenia oferty Odwołującego z tym przepisem nie można pomijać zawartego w uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej czynności zdania „Zamawiający mając na względzie własne poważne wątpliwości co do złożonych w ofercie kart katalogowych poparte oświadczeniami producentów mebli, którzy potwierdzają, że oferowane meble przedstawią zdjęcia ich mebli, a nie zdjęcia mebli PB Furniture Sp. z o.o. podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy".

W ww. uzasadnienia nie określono jednoznacznie, na czym polegają przedmiotowe „wątpliwości co do złożonych w ofercie kart katalogowych"; nie sposób też tego z niego wywnioskować.

Gdyby uznać, że są to wątpliwości, czy czynem nieuczciwej konkurencji jest zawarcie w kartach katalogowych mebli oferowanych przez Odwołującego zdjęć mebli produkowanych przez innych producentów niż PB Furniture Sp. z o.o., to podzielić należałoby stanowisko Odwołującego, iż „Zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty P.L. na wątpliwościach a nie dowodach. Przy czym wątpliwości dotyczą poczynań Wykonawcy w kontekście popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji a nie jak wymaga treść art. 226 ust.1 pkt. 7 ustawy „złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji"".

Gdyby zaś uznać, że są to wątpliwości, czy Odwołujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji składając przedmiotowe karty katalogowe, to konieczne byłoby uznanie, że art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp zobowiązuje (i jednocześnie uprawnia) zamawiającego do odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a nie uprawnia do odrzucenia oferty w przypadku, gdy zamawiający ma wątpliwości, czy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W obu tych sytuacjach czynność odrzucenia oferty Odwołującego naruszałaby art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W świetle zawartego w opublikowanej 18 lipca 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób było przyjąć, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż Odwołujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji odrzucił tą ofertę. Wobec powyższego należało stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1

pkt 7) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ust. 1 uznk,

Uzasadniony był także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

W rozdziale III ust. 1 SWZ Zamawiający określił, że „Przedmiotem Umowy jest dostawa mebli do nowego budynku Starostwa Powiatowego w Białymstoku, fabrycznie nowych, nieużywanych, wolnych od wad w asortymencie i ilości określonej w Załączniku nr 2 do Umowy, zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy, zwanym dalej SOPZ".

W rozdziale III ust. 11 pkt 1) lit. b) SWZ określono, że „Wykonawca złoży wraz z ofertą zaświadczenie (atest, certyfikat, sprawozdanie) niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, w odniesieniu do fotela biurowego K1 potwierdzające: (…) ✓ Sprawozdanie z badań potwierdzające trudnopalność pianek zastosowanych w siedzisku zgodnie z norami PN EN 1021-1: 2014, PN EN 2021-2; 2014; UNI 9175 lub BS 5852".

W rozdziale XII ust. 4 SWZ Zamawiający określił, iż „Wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: 1) Wypełniony formularz cenowy; 2) Przedmiotowe środki dowodowe określone w Rozdziale III pkt 11 SWZ; 3) Karty katalogowe krzeseł i foteli, zawierające opis i rysunek z dokładnymi wymiarami, a także zdjęcie poglądowe produktu. Dotyczy pozycji od K1 do K7 oraz S1 i S2. (…)"

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, określono, że „(…) 6. Fotele i krzesła (…) K1 – fotel biurowy o parametrach jak niżej: (…) siedzisko - pokryte pianką trudnopalną, wylewaną w formach, o gęstości min 60 kg /m3 (….) Wymagane dokumenty zgodnie z opisem w rozdziale lll SWZ.

Przystępujący złożył ofertę w Postępowaniu.

W złożonym przez Przystępującego formularzu cenowym w wierszu oznaczonym Lp. 39, w którym w kolumnie „Nazwa" wpisano „Fotel biurowy K1", w kolumnie „nazw/model/ typ/symbol" wpisano „Fotel Quatro Soft, C, PROsynchro+wysuw, tap. LUCY, PUL, BSPWF, PD12".

W odpowiedzi na datowane na 6 czerwca 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych" Przystępujący przekazał Zamawiającemu:

-znajdujący się w pliku o nazwie „Poz. 39 Fotel biurowy K1" dokument o treści „Poz. 39 Fotel biurowy K1 Fotel Quatro Soft, C, PRO synchro + wysuw, tap. LUCY, PUL, BSPWF, PD12 – producent Bgroup Sp. z o.o. Sp. K (…) Siedzisk - pokryte pianką trudnopalną, wylewaną w formach, o gęstości 60 kg /m3. (…)",

-znajdujący się w pliku o nazwie „Sprawozdanie z badań potwierdzające trudnopalność pianek dla fotela biurowego K1" dokument o treści „ŚWIADECTWO BADAŃ LS.FIRE/NC10485/00000 (…) Na podstawie wyników bad stwierdzono, że MATERIAŁ MEBLARSKI (opisany w pkt A 2.1 - D.2) (…) zgodnie z normami UNI 9175 i UI 9175/FA1 posiada KLASĘ REAKCJI NA OGIEŃ 1 IM (ONE I EMME) Niniejsze świadectwo dotyczy wyłącznie bada próbki. Do świadectwa załączony jest 1 (jeden) protokół z badań oraz dokumentacja techniczna producenta.", oraz dokument o treści „PROTOKÓŁ Z BADAŃ LS.FIRE/NC10485/00000/04 (…) Opis: pianka formowana o gęstości (kg/m3 (…)".

Mając na uwadze, że nie było sporne, iż dokument znajdujący się w pliku o nazwie „Poz. 39 Fotel biurowy K1" stanowi kartę katalogową mebla oznaczonego jako Fotel biurowy K1, o której mowa w rozdziale XII ust. 4 SWZ, a dokument znajdujący się w pliku o nazwie „Sprawozdanie z badań potwierdzające trudnopalność pianek dla fotela biurowego K1" stanowił „Sprawozdanie z badań potwierdzające trudnopalność pianek zastosowanych w siedzisku zgodnie z norami PN EN 1021-1: 2014, PN EN 2021-2; 2014; UNI 9175 lub BS 5852", o którym mowa w rozdziale III ust 11 pkt 1) lit. b) SWZ, należy stwierdzić, że w złożonej przez Przystępującego karcie katalogowej mebla oznaczonego jako Fotel biurowy K1 wskazano, iż jego siedzisko pokryte jest pianką o gęstości 60 kg /m^3, zaś złożone przezeń ww. sprawozdanie z badań potwierdzające trudnopalność pianek jest sprawozdaniem z badania pianki o gęstości 65 kg/m^3.

W konsekwencji należy uznać, że przedmiotowe sprawozdanie nie potwierdza trudnopalności pianki, którą pokryte jest siedzisko zaoferowanego przez Przystępującego mebla „Fotel biurowy K1 Fotel Quatro Soft, C, PRO synchro + wysuw, tap. LUCY, PUL, BSPWF, PD12 – producent Bgroup Sp. z o.o. Sp. K".

Brak jest przy tym podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia bądź uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w rozdziale III ust. 11 pkt 1) lit. b) SWZ tj. sprawozdania z badań potwierdzającego „trudnopalność pianek zastosowanych w siedzisku zgodnie z norami PN EN 1021-1: 2014, PN EN 2021-2; 2014; UN 9175 lub BS 5852", na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem „jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub

dokumentach zamówienia". Przepis ten uprawnia zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia bądź uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wyłącznie w sytuacji, gdy odpowiednio nie został on w ogóle złożony bądź jest niekompletny; nie znajduje on natomiast zastosowania w przypadku, gdy przedmiotowy środek dowodowy został złożony i jest on kompletny, natomiast nie potwierdza zgodności oferowanych dostaw czy usług z wymaganiami i cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Jak zaś wskazano powyżej, Przystępujący złożył przedmiotowy środek w celu potwierdzenia zgodności ww. fotela z wymaganiem w zakresie pokrycia siedziska pianką trudnopalną, i nie ma podstaw, aby uznać go za niekompletny.

Powyższe czyni koniecznym stwierdzenie, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania, aby siedzisko pokryte było pianką trudnopalną.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był ofertę Przystępującego odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Nie był uzasadniony zarzut „podjęcia czynności niezgodnej z przepisami ustawy polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TOBO sp. z o.o. pomimo tego, iż nie jest to oferta najkorzystniejsza".

Niezależnie od okoliczności, iż w odwołaniu nie wskazano przepisu, którego naruszenie zarzuca Odwołujący w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (wobec czego mając na uwadze treść zarzutu Izba przyjęła, że zarzut ten jest zarzutem naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia"), konieczne jest stwierdzenie, że w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu, w szczególności nie podano, dlaczego oferta Przystępującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Nie był uzasadniony także zarzut naruszenia „zasady równego traktowania Wykonawców – art. 16 ustawy poprzez ocenę oferty P.L. w sposób faworyzujący jednego Wykonawcę – firmę TOBO sp. z o.o., gdyż wszystkie pozostałe oferty zostały odrzucone a oferta TOBO sp. z o.o. nie została odrzucona pomimo zaistnienia ku temu podstaw. Zamawiający błędnie dokonał oceny oferty ARBOR MEBLE sp. z o. o w ramach kryterium oceny ofert, która to oferta została odrzucona, co świadczy o nierzetelnej ocenie ofert".

Zgodnie z art. 16 „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny".

Konieczne jest zauważenie, że czynność oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonywana jest na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, polegając na przyznaniu ofercie określonej punktacji (liczby punktów) w poszczególnych kryteriach oceny ofert i łącznie (por. powołany wyżej art. 253 ust. 1 Pzp). Oferty, która podlega odrzuceniu, nie ocenia się na podstawie kryteriów oceny ofert, zatem czynność oceny oferty (czy ofert) nie polega na określeniu (nie obejmuje określenia), czy oferta podlega odrzuceniu.

Niezależnie od okoliczności, że czynność oceny oferty Odwołującego nie została w odwołaniu wskazana jako czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający nie mógł naruszyć art. 16 Pzp dokonując czynności oceny oferty Odwołującego w sytuacji, gdy w ramach czynności oceny oferty (czy ofert) nie określał on, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu, a pozostałe oferty złożone w Postępowaniu podlegają odrzuceniu), a złożona w Postępowaniu oferta Odwołującego nie była w ogóle oceniana, gdyż Zamawiający ją odrzucił.

Także w zakresie czynności oceny oferty „ARBOR MEBLE sp. z o. o" należy stwierdzić, że w odwołaniu nie została ona wskazana jako czynność, wobec której zostało ono wniesione, ani dlaczego czynność ta została dokonana z naruszeniem wynikającego z art. 16 Pzp obowiązku przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy nie sposób było stwierdzić, że Zamawiający naruszył ten przepis.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ust. 1 uznk, art. 253 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszeń oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta Przystępującego nie mogłaby zostać w nim wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a i b) Pzp, stanowiącymi, że „uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego", w tym stanie rzeczy Izba w punkcie 1. wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp

oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw". Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzeń wykonania przelewu, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych, koszty dojazdu w wysokości 860,02 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 34 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego. W świetle treści § 5 pkt 2) lit. a) i b) ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę", o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem" samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę" pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika", o których mowa w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy pełnomocnik ten reprezentując stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego świadczy na jego rzecz usługę. Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika, który – jak wynika ze złożonej do akt faktury – reprezentując Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym świadczył na jego rzecz usługę.

Z treści § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika przy tym, że wysokość kosztów, które mogą być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w zakresie wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego jest ograniczona do kwoty nieprzekraczającej 3.600 złotych. W konsekwencji wobec treści tego przepisu i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego koszty postępowania odwoławczego Odwołującego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 860,02 złotych.

Ponadto należy zauważyć, że z treści przedmiotowej faktury wynika, iż wysokość ww. kosztów dojazdu została obliczona jako iloczyn liczby 836,56 (stanowiącej liczbę kilometrów pomiędzy Bydgoszczą (gdzie pełnomocnik Odwołującego prowadzi działalność gospodarczą) a Warszawą i z powrotem oraz „stawki kilometrówki" wynoszącej 0,8358.

Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że ww. koszty powinny być rozliczane według „stawki kilometrówki". Stawka 0,8358 zł była określoną (do 17 stycznia 2023 r.) w § 2 pkt 1) lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów

służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy maksymalną stawką za 1 kilometr przebiegu, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych do jazd lokalnych samochodu osobowego o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm^3, niebędącego własnością pracodawcy. Ze złożonej do akt sprawy faktury wynika, że pełnomocnik Odwołującego reprezentował go jako osoba prowadząca działalność gospodarczą, a nie jako pracownik. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez osobę niebędącą pracownikiem Odwołującego do jazd innych niż jazdy lokalne.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Mając na uwadze treść ww. przepisu, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego, wobec czego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono stanowiący „inny uzasadniony wydatek" strony wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła trzy zarzuty przedstawione w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego rozdzielono stosunkowo – w proporcji 2/5 Odwołujący i 3/5 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą równowartość sumy 3/5 kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3/5 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych, zaokrąglając ją w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:……..……