

Warszawa, 5 lipca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **3 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **17 czerwca 2023 r.**

przez wykonawcę: **SIGMA sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa krzeseł biurowych dla Oddziału ZUS w Sosnowcu i podległych Inspektoratów* (380000.271.2-3.2024-ZAP)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Sosnowcu** [„Zamawiający”]

przy udziale współuczestnika po stronie Zamawiającego: **„CADABRA” T.P., Ostrów Wielkopolski** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Sosnowcu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup i dostawa krzeseł biurowych dla Oddziału ZUS w Sosnowcu i podległych Inspektoratów* (380000.271.2-3.2024-ZAP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 kwietnia 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 85 pod poz. 256054.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

7 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „CADABRA” T.P. z Ostrowa Wielkopolskiego {dalej: „Cadabra” lub „Przystępujący”}.

17 czerwca 2024 r. SIGMA sp. z o.o. z siedzibą w Opolu {dalej: „Sigma” lub „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. z art. 107 ust. 1 i 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cadabry, której treść nie odpowiada treści SWZ, gdyż z treści przedmiotowego środka dowodowego w postaci Atestu (sprawozdania) Nr 17/21/W {dalej: „Atest”} wynika zaoferowanie krzesła Tela producenta Nowy Styl sp. o.o. {dalej: „Nowy Styl”}, które nie spełnia parametrów opisu przedmiotu zamówienia.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 lub art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 i 17 oraz art. 239 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Cadabry, która jako zmieniona po upływie terminu składania oferty jest niezgodna z przepisami ustawy lub też została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [zarzut ewentualny].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Cadabry.
4. Wyboru oferty Sigmy jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty został dodatkowo sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

W Załączniku nr 1 do SWZ „Szczegółowe parametry techniczne zakupowanych krzeseł” Zamawiający określił jako wymagane m.in. następujące parametry: *oparcie tapicerowane, wyprofilowane w części lędźwiowej odpowiednio do naturalnego wygięcia kręgosłupa.*

Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców pismem z 13 maja 2024 r. wyjaśnił, że oczekuje w zakupowanych krzesłach oparcia wyposażonego w pełen układ tapicerki (szkielet, pianka, tkanina tapicerska) a nie oparcia elastycznego/siatkowego w postaci tkaniny naciągniętej na ramę oparcia.

W dziale IV SWZ „Opis Przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji” Zamawiający w ust. 19 zażądał na potwierdzenie spełnienia wymagań przez przedmiot zamówienia określonych cech/kryteriów m.in. *atest wytrzymałościowy w zakresie bezpieczeństwa użytkowania potwierdzający wymóg wytrzymałości siedziska na obciążenie maksymalną siłą 1600 N wg norm PN-EN 1335-1, PN-EN 1335-2, PN-EN 1728/AC, PN-EN 1022.*

Przy czym Zamawiający wskazał, że w myśl art. 107 ust. 1 ustawy pzp przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą, przy czym przewidział możliwość ich uzupełnienia na zasadach opisanych w art. 107 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Cadabra dopiero na odrębne wezwanie Zamawiającego z 21 maja 2024 r. złożyła 23 maja 2024 r. przedmiotowe środki dowodowe (w tym Atest na potwierdzenie spełniania norm wytrzymałościowych), więc nie podlegają one już uzupełnieniu.

Krzesło Tela nie spełnia powyżej przytoczonego wymagania, gdyż ma oparcie elastyczne w postaci siatkowej tkaniny naciągniętej na ramę, wprost niedopuszczone przez Zamawiającego.

29 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Cadabrę do wyjaśnienia, czy oferowane krzesła biurowe Tela (w piśmie mylnie jako „Trela”):

- 1) *wyposażone będą w oparcia z pełnym układem tapicerskim (szkielet, pianka, tkanina tapicerska) którego wymóg zastosowania w oferowanych krzesłach biurowych Zamawiający doprecyzował w piśmie z dnia 13.05.2024 r. opublikowanym na Platformie zakupowej, dostępnym dla wszystkich zainteresowanych Wykonawców a nie oparcia elastyczne/siatkowe w postaci tkaniny naciągniętej na ramę oparcia;*
- 2) *będą posiadać regulację głębokości podparcia lędźwiowego w zakresie +/- 20 mm, który to wymóg zastosowania w oferowanych krzesłach biurowych został zawarty w Szczegółowych parametrach technicznych stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że opis techniczny produktu TRELA informuje, że krzesło posiada wyłącznie „regulowane (górną–dół) podparcie lędźwi”.*

W odpowiedzi Cadabra potwierdziła, że oferowane krzesła będą spełniały ww. wymagania, na potwierdzenie załączając kartę katalogową (z wymiarami i zdjęciem) oraz oświadczenie Nowego Stylu, że w przypadku produkcji na potrzeby realizacji zamówień publicznych i projektów z rynku kontraktowego dostosowuje parametry mebli i krzesel (w tym krzesła Tela) do wymogów konkretnego opisu przedmiotu zamówienia lub projektu.

Na stronie internetowej Nowego Stylu krzesło o takim samym wyglądzie i wymiarach (np. co do szerokości i głębokości siedziska: 510 i 460 mm), jak zaprezentowane we wspomnianej karcie katalogowej, to model Vision.

W piśmie z 10 czerwca 2024 r. Sigma zwróciła uwagę Zamawiającemu na powyższe okoliczności, wzywając go do unieważnienia wyboru oferty Cadabry jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi z 12 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował, że *...po ponownym przeanalizowaniu oferty złożonej przez CADABRA T.P., Zamawiający nie znalazł przesłanek do uczynienia zadość żądaniom zawartym jego piśmie z dnia 10 czerwca 2024 r. W ocenie Zamawiającego krzesła oferowane przez CADABRA T.P. spełniają wszystkie warunki techniczne opisane w SWZ. Zamawiający nie analizował złożonych ofert pod kątem ich nazw a pod kątem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca przedstawił wszystkie wymagane certyfikaty oraz w złożonych wyjaśnieniach rozwił wątpliwości Zamawiającego w zakresie technologii wykonania oparcia oferowanych krzesel. Spółka SIGMA w swym piśmie zarzuca także posłużenie się przez Wybranego Wykonawcę oświadczeniem producenta krzesła dotyczącym możliwości dostosowania parametrów mebli i krzesel do wymogów konkretnego opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem SIGMA Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach także przedstawiła oświadczenia producenta krzesel z którego wynika, że informacje podane na stronie internetowej mają jedynie charakter informacyjny a jako producent dostosowuje krzesła do potrzeb zamawiającego.*

Ponadto Zamawiający wyraził stanowisko, że *...ostateczna weryfikacja dostarczonych krzesel, ich zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego opisanymi w SWZ nastąpi po dostarczeniu przez Wybranego Wykonawcę próbek materiałów z których zostaną wykonane krzesła oraz mock-up oferowanych krzesel biurowych. W przypadku gdy próbki materiałów lub mock-up krzesła nie będą spełniały wymogów Zamawiającego opisanych w SWZ, wobec Wykonawcy zostaną wyciągnięte konsekwencje wynikające z zapisów Umowy.*

{okoliczności prawne}

Oferta jest zobowiązaniem wykonawcy do wykonania zaproponowanego przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, 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 SWZ. Podkreślenia wymaga, że nie jest w tym zakresie wystarczające oparcie się wyłącznie na ogólnym

oświadczeniu wykonawcy, zbędny byłby wówczas etap badania zgodności oferty z SWZ, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia [z uzasadnienia wyroku z 24 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 320/23].

Jak słusznie stwierdziła Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 października 2022 r. sygn. akt KIO 2518/22: *Nie można dopuszczać do stanu, w którym oferta na etapie realizacji może okazać się niezgodna z SWZ, co prowadzić może następnie do stwierdzenia dokonania wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą i jako sprzeczna z warunkami zamówienia powinna być odrzucona. Takie podejście prowadzić będzie do wypaczenia celu procedury o udzielenie zamówienia publicznego, którym powinien być wybór oferty najkorzystniejszej, co zawiera w sobie również imperatyw zgodności tej oferty z wymaganiami granicznymi.*

Z kolei jak wyjaśniła Izba w uzasadnieniu wyroku z 2 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 883/24, ...z mocy art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści – a tym samym oferty sensu stricto, dotyczącej przyszłego zobowiązania wykonawcy, jakie na siebie przyjmie składając ofertę.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. i 2 *petitum* odwołania, wywodząc alternatywnie, że Cadabra w rzeczywistości zaoferowała krzesło Vision, które co prawda ma cechy i parametry wymagane przez Zamawiającego, lecz nie ma wymaganego atestu wytrzymałościowego, wskazując, że oferuje krzesło Tela, które co prawda ma rzeczony atest, lecz nie ma cech i parametrów określonych w SWZ. W szczególności posłużenie się na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienia zdjęciem i opisem wymiarów dotyczących krzesła Vision oraz twierdzenie, że jest to krzesło Tela, jest działaniem sprzecznym z ustawą pzp, gdyż stanowi zmianę oferty, a co najmniej wprowadza w błąd, co do tego, jakie krzesło zostało zaoferowane, uniemożliwiając Zamawiającemu rzetelne zweryfikowanie, czy spełnia ono wymagania SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 27 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc poniższe okoliczności i następująco ustosunkowując się do zarzutów odwołania.

W warunkach zamówienia Zamawiający określił, że:

- 1) krzesła biurowe powinny spełniać wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe (Dz. U. 1998 Nr 148, poz. 973 oraz z 2023 r. poz. 2367);
- 2) materiały użyte do wyrobu krzeseł biurowych (w szczególności kleje, lakiery, farby, impregnaty, laminaty, materiały tapicerskie) muszą posiadać atesty dopuszczające je do stosowania w produkcji krzeseł wykorzystywanych w pomieszczeniach przeznaczonych na czasowy i stały pobyt ludzi;
- 3) krzesła biurowe muszą być wykonane z surowców trudno zapalnych z tzw. atestem trudnopalności, a także posiadać atesty świadczące o tym, że zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi normami;

W Załączniku nr 1 do SWZ – „Szczegółowe parametry techniczne zakupywanych krzeseł” Zamawiający określił wymagania dotyczące m.in. minimalnych wymiarów, rodzaju tapicerki i kolorystyki, ergonomii oraz bezpieczeństwa, a także wymagania dotyczące budowy krzesła biurowego, w szczególności wymagając, aby oparcie krzesła wyposażone było w pełen układ tapicerki (szkielet, pianka, tkanina tapicerska).

Na potwierdzenie spełnienia warunków dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) Krzesło: atest wytrzymałościowy w zakresie bezpieczeństwa użytkowania potwierdzający wymóg wytrzymałości siedziska na obciążenie maksymalną siłą 1600 N wg norm PN-EN 1335-1, PN-EN 1335-2, PN-EN 1728/AC, PN-EN 1022.
- 2) Pianka: oświadczenie producenta, że zastosuje piankę o właściwościach trudno zapalnych lub inny dokument równoważny np. atest dotyczący zapalności układu tapicerskiego dotyczący zastosowania pianki o właściwościach trudno zapalnych.
- 3) Tapicerka: atest na odporność na ścieranie: min. 100 000 cykli Martindale’a wg normy PN-EN ISO 12947-2.
- 4) Tapicerka: atest na trudno zapalność: wg norm PN-EN 1021-1, PN-EN 1021-2.
- 5) Tapicerka: atest na odporność na piling: poziom min. 4 wg normy PN-EN ISO 12945-2.
- 6) Tapicerka: atest na odporność koloru na światło: poziom min. 4 wg normy PN-EN ISO 105-B02.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie żądał wskazania nazwy oferowanego krzesła, stąd przedmiotem oceny była zgodność parametrów technicznych oferowanych krzeseł z opisem przedmiotu zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego całkowicie bez znaczenia przy ocenie zgodności oferty z SWZ jest, czy oferowane przez wykonawców krzesła biurowe określone są taką czy inną nazwą. Istotne jest natomiast, czy oferowane krzesła spełniają wymagane parametry techniczne oraz czy potwierdzają to przedłożone przedmiotowe środki dowodowe. Stąd nie mają znaczenia informacje zamieszczone na stronach internetowych producentów krzeseł bądź przedłożone przez konkurencyjnych wykonawców.

Według Zamawiającego zarzuty odwołania opierają się na błędnym założeniu dotyczącym zaoferowania modelu Tela producenta Nowy Styl, podczas gdy Cadabra zaoferowała bazujące na modelu Tela krzesło biurowe spełniające wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, o czym świadczy o tym złożenie wszystkich wymaganych atestów. Według Zamawiającego ponieważ przedłożony przez Cadabrę Atest Nr 17/21/W potwierdza wymaganą wytrzymałość na nacisk siedziska dla krzesła Tela, nie ma znaczenia, że na potrzeby tego zamówienia oparcie zostanie zmienione z siatkowego na pełne tapicerskie.

Zamawiający wziął również pod uwagę złożone przez Cadabrę:

- 1) „Opis techniczny” jako zawierający opis krzesła, jego wymiary oraz właściwości użytkowe;
- 2) wyjaśnienia, z których wynika, że dzięki modyfikacji przez producenta Nowy Styl oferowane krzesła biurowe wyposażone będą w oparcia z pełnym układem tapicerskim (szkielet, pianka, tkanina tapicerska);
- 3) oświadczenie producenta Nowy Styl potwierdzające możliwość modyfikacji krzesła Tela w celu dostosowania do konkretnego opisu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający uważa załączone przez obu Wykonawców zdjęcia krzesel biurowych za poglądowe, a zgodność oferowanych produktów z wymaganiami SWZ zweryfikował pozytywnie na podstawie złożonych przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że również Sigma:

- 1) zaoferowała model krzesła (w tym przypadku o nazwie Skill) wymagający odpowiedniej adaptacji przez producenta, polegającej na zmianie oparcia z elastycznego (siatkowego) na w pełni tapicerowane;
- 2) przedstawiła oświadczenie producenta krzesel, z którego wynika, że informacje podane na stronie internetowej mają jedynie charakter informacyjny i dotyczą standardowych wyrobów, a producent dostosowuje krzesła do potrzeb Zamawiającego.

Różnica pomiędzy oświadczeniami obu producentów sprowadza się do tego, że Sigma przedstawiła oświadczenie producenta, w którym wskazano nazwę i oznaczenie tego postępowania o udzielenie zamówienia, co nie ma zdaniem Zamawiającego istotnego znaczenia.

Zamawiający nie dopatrył się również w działaniach Cadabry zmiany oferowanego modelu krzesła z Teli na Vision,, gdyż zarówno złożony na pierwsze wezwanie dokument odnoszący się do wytrzymałości siedziska, jak i późniejsze oświadczenie producenta mówią o krześle Tela, czyli odnoszą się do tego samego produktu.

Przystępujący w piśmie z 1 lipca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności i argumentację zbieżnie z Zamawiającym.

Zwracając uwagę na analogiczny sposób postępowania obu Wykonawców, uszczegółowił, że Sigma przedstawiła jako dotyczący zaoferowanego krzesła Skill Atest Nr 58/21/W, w którym (na 2. str.) podano informację, że przedstawione do badań wytrzymałościowych krzesło było również wyposażone w oparcie siatkowe.

W związku z powyższym wyraził pogląd, że odmienna ocena ofert obu Wykonawców stanowiłaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętymi zarzutami odwołania zaniechaniem odrzuceniem oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przy bardzo szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia [zawartym w rozdziale IV SWZ i Załączniku nr 1 do SWZ] wymagania Zamawiającego co do treści oferty sprowadzały się do wypełnienia formularza ofertowego z załącznika nr 2 do SWZ i formularza cenowego z załącznika nr 3 do SWZ [patrz rozdział IX pkt 1 lit. a-b], czyli do podania ceny oferty oraz cen jednostkowych.

Adekwatnie do tego, abstrahując od aspektu ceny, treść oferty Cadabry i Sigmy co do skonkretyzowania jej przedmiotu jej

identyczna i wynika z danych wpisanych we wzorze formularza cenowego przez Zamawiającego: 1) *Krzesła biurowe, kolor szary RAL 7015 lub zbliżony* – 790 szt., 2) *Krzesła biurowe, kolor zielony RAL 6000 lub zbliżony* – 73 szt.

W konsekwencji wymienione w SWZ [patrz rozdział IX pkt 19 ppkt 1-6)] przedmiotowe środki dowodowe [patrz lista zamieszczona w odpowiedzi na odwołanie] należy traktować jako służące wyłącznie potwierdzeniu zgodności tak sprecyzowanego przedmiotu oferty w zakresie cech lub parametrów z opisu przedmiotu zamówienia, które Zamawiający uznał za szczególnie istotne, tj. odpowiednio: 1) wytrzymałości siedziska na nacisk, 2) trudnopalności pianki, 3) odporności na ścieranie tapicerki, 4) trudnopalności tapicerki, 5) odporności na piling, 6) odporności tapicerki na światło. Zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający żądając ich złożenia wraz z ofertą (co jest zasadą wynikającą wprost z art. 107 ust. 1 pzp), dopuścił również ich złożenie lub uzupełnienie na odrębne wezwanie (co art. 107 ust. 2 pzp pozostawia do decyzji zamawiającego).

Zarówno Cadabra, jak i Sigma odczytali tak sposób skonstruowania SWZ jako dopuszczenie zaoferowania krzeseł biurowych, co prawda bazujących na konkretnych produktach, ale wymagających dostosowania w zakresie konstrukcji oparcia do specyficznych wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Oczywiście jest przy tym, że faktycznie takie krzesła zostaną wyprodukowane tylko na potrzeby tego z wykonawców, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie tego zamówienia. Innymi słowy przedmiotem obu ofert są krzesła biurowe, które w kształcie odpowiadającym wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia jeszcze nie istnieją. Jednoznacznie wynika z pism producentów, odpowiednio Nowego Stylu sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie z 5 czerwca 2024 r. [załączonego do wyjaśnień Cadabry z tej samej daty] i BGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Pokrzywnie z 3 czerwca 2024 r. [załączone do wyjaśnień Sigmy z tej samej daty].

Z kolei Zamawiający w taki sam sposób potraktował Cadabrę i Sigmę, pozytywnie weryfikując na podstawie złożonej oferty i dokumentów przedmiotowych oraz złożonych wyjaśnień zgodność przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Przy czym w powyżej wskazanych uwarunkowaniach obiektywnie rzecz biorąc nie mogło dojść do zmiany treści oferty na skutek wyjaśnień, które należy traktować jako uczynienie zadość oczekiwaniu Zamawiającego wyrażonemu dopiero na etapie badania ofert, aby uszczegółowić informacje odnośnie przedmiotu oferty.

Uzasadnienie odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności nawiązujących do wskazanego na wstępie alternatywnej kwalifikacji prawnej, czyli zaniechania odrzucenia oferty Cadabry na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, w szczególności nie wskazuje czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu odnośnej ustawy.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w powyżej ustalonych okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące 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. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20

ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny. W ustalonych powyżej okolicznościach zarzuty naruszenia przepisów wymienionych w pkt 1. i 2. *petitum* odwołania należy uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. Sentencji stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 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 (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis. Izba nie miała podstaw do uczynienia zadość wnioskowi Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa i kosztów dojazdu, wobec nieprzedstawienia w tym zakresie co najmniej spisu kosztów, jak tego wymaga § 5 pkt 2 powołanego rozporządzenia.