

WYROK

Warszawa, dnia 13.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Anna Kuszel-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2024 r. przez GABI Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie

przy udziale uczestnika postępowania wykonawcy V.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „BOVI” V.W. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Zasądza od odwołującego GABI Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej na rzecz zamawiającego Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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 568/24

Uzasadnienie

Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest zakup i dostawa wyposażenia Kliniki Ortopedii i Traumatologii Dorosłych wraz z adaptacją pomieszczeń kuchni oraz Poradni Ortopedycznej, z podziałem na 3 części.

Wartość zamówienia jest równa lub wyższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2023 r. pod numerem 00775437-2023.

W dniu 20 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GABI Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 1 postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 264 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie poinformowania Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo zaniechania przesłania Odwołującemu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – w zakresie części numer I;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Bovi, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia – w zakresie części numer I;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy W., podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta tego wykonawcy nie została w wymagany sposób skonkretyzowana w zakresie pozycji numer 22, 23, 25 formularza cenowego stanowiącego treść oferty –

w zakresie części numer I;

4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy PB, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia – w zakresie części numer I;

5.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Alduo, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia – w zakresie części numer I.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie zawartej umowy, względnie unieważnienie zawartej umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej, a także nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty wykonawców Bovi, W., Alduo, PB w zakresie części numer I.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący podkreślił, że w dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, a jako najkorzystniejszą ofertę w zakresie części numer I wybrał ofertę wykonawcy Bovi.

Zamawiający nie przesłał natomiast informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej do Odwołującego oraz do innych wykonawców (co wynika z dokumentacji, którą Odwołujący otrzymał od Zamawiającego), ograniczając się jedynie do zamieszczenia tej informacji na stronie prowadzonego postępowania.

Co więcej, według informacji uzyskanych drogą telefoniczną Zamawiający zawarł już umowę w sprawie zamówienia publicznego w zakresie części numer I. Na moment wniesienia odwołania, nie zostało opublikowane ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach postępowania, stosowanie do treści art. 265 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący podkreślił, że brak poinformowania go o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz art. 261 ust. 1 ustawy PZP. Niewystarczające i błędne będzie zamieszczenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jedynie na stronie prowadzonego postępowania, bez jej przesłanie do wykonawców.

Wskazał również, że naruszenie art. 264 ust. 1 ustawy PZP uniemożliwiło Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy, co stanowi przesłankę do unieważnienia zawartej umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Dalej Odwołujący omówił poszczególne niezgodności treści ofert jego konkurentów z warunkami zamówienia. Jeśli chodzi o wykonawcę Bovi Odwołujący wskazał na następujące niezgodności:

- z oferty wykonawcy Bovi wynika, że w zakresie pozycji numer 16 formularza cenowego dostarczy krzesło o nazwie „CAFE VII +”, którego producentem jest Nowy Styl. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że stelaż ma być wykonany z rury metalowej o przekroju $\varnothing 20$ mm.

Jednakże zaoferowane przez wykonawcę Bovi krzesło wykonane jest z rury o przekroju $\varnothing 16$ mm. Wynika to bezpośrednio z katalogu producenta Nowy Styl, którą Odwołujący załączył jako dowód.

- Z oferty wykonawcy Bovi wynika, że w zakresie pozycji numer 20 formularza cenowego dostarczy lodówkę podblatową o nazwie/nr katalogowym „UC162.4”, której producentem jest Amica.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że pojemność lodówki ma wynosić 130 litrów (nie zostało wskazany zakres tolerancji) oraz ma być w klasie energetycznej A+ (według starej skali energetycznej, czyli w klasie E według nowej skali energetycznej).

Jednakże zaoferowana przez wykonawcę Bovi lodówka ma pojemność 135 litrów oraz jest w klasie energetycznej A (według starej skali energetycznej, czyli w klasie F według nowej skali energetycznej)

Wynika to bezpośrednio z karty informacyjnej produktu, którą Odwołujący załączył jako dowód.

- Z oferty wykonawcy Bovi wynika, że w zakresie pozycji numer 21 formularza cenowego dostarczy lodówkę wolnostojącą o nazwie/numerze katalogowym „Amica FD2015.4”, którego producentem jest Amica.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że lodówka ma mieć wysokość 120 cm +/- 2cm.

Jednakże zaoferowana przez wykonawcę Bovi lodówka ma wysokość 123 cm. Wynika to bezpośrednio ze strony internetowej producenta.

- Z oferty wykonawcy Bovi wynika, że w zakresie pozycji numer 80 formularza cenowego dostarczy gablotę wiszącą

80x100 o nazwie/numerze katalogowym „GAL1h”, którego producentem jest Karta.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że gabłota ma mieć możliwość powieszenia w pionie i poziomie.

Jednakże zaoferowana przez wykonawcę Bovi gabłota z racji tego, że posiada drzwi przesuwne, a nie otwierane ma możliwość powieszenia tylko w poziomie.

Wynika to bezpośrednio ze strony internetowej producenta.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutów dotyczących pozostałych konkurentów, w szczególności omawiając niezgodności z warunkami zamówienia jakie stwierdził on w ich ofertach.

Odwołujący wniósł również dodatkowe pismo procesowe, w którym odniósł się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc w pierwszej kolejności o jego odrzucenie, ewentualnie o jego oddalenie.

Zamawiający wskazywał, że nieporozumieniem jest w szczególności stwierdzenie Odwołującego zawarte w pkt 11 odwołania: *„Zamawiający nie przesłał natomiast informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej do Odwołującego oraz do innych wykonawców (co wynika z dokumentacji, którą Odwołujący otrzymał od Zamawiającego), ograniczając się jedynie do zamieszczenia tej informacji na stronie prowadzonego postępowania.”*

Zamawiający, prowadząc postępowanie za pośrednictwem portalu zakupowego nie przesyła wykonawcom żadnych informacji. Wszelkie dokumenty kierowane do wykonawców są zamieszczane na portalu zakupowym, który z kolei informuje wykonawców o umieszczeniu przez zamawiającego kolejnego dokumentu na stronie prowadzonego postępowania. Informacja przekazywana jest wykonawcom w postaci emaila, który zawiera link do odpowiedniego dokumentu. Wykonawca może się z łatwością zapoznać z dokumentem zamieszczonym na portalu i nie musi codziennie śledzić czynności zamawiającego, gdyż o każdej jest informowany bezpośrednio.

Również fakt, iż wykonawcy nie otrzymują informacji w treści emaila, ani dokumentów w postaci załączników do maili, lecz jedynie linki do pobrania dokumentów w żaden sposób nie ogranicza dostępu do informacji. Bez wątplenia dzień otrzymania takiego maila jest dniem, w którym wykonawca mógł powziąć wiadomość o czynności zamawiającego.

Informacja o wyniku postępowania została zarówno zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak i przesłana do wszystkich wykonawców. Jeszcze raz należy wskazać, że przesłanie jej przez portal w postaci linka do dokumentu czyni zadość wymogom ustawowym i jest powszechną obecnie praktyką. Przesyłanie informacji wykonawcom niezależnie od ich zamieszczania na portalu wprowadzałoby niepotrzebne zamieszanie.

Zamawiający podkreślił również, że nie odrzucił żadnej oferty, więc nie przesyłano oddzielnego dokumentu – informacja zamieszczona na stronie internetowej była identyczna z informacją skierowaną do wykonawców.

Zamawiający dodał, że po otrzymaniu odwołania wystąpił do operatora portalu zakupowego o potwierdzenie przesłania informacji o wyniku postępowania wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu. Dnia 22 lutego przedstawiciel SmartPZP potwierdził, że informacje te zostały wysłane. Zamawiający nie otrzymuje zwrotnego potwierdzenia przekazania informacji przez portal i nie może w inny sposób udowodnić skuteczności powiadomienia. Oświadczenie portalu należy uznać za wystarczające.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania 24 stycznia 2024 roku po południu. Stosując per analogiam art. 514 ust. 3 PZP należy przyjąć, iż „domniemywa się, że wykonawca mógł zapoznać się z treścią informacji, jeżeli jej przekazanie nastąpiło przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Odwołujący uchybił więc zawitemu terminowi określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutów stawianych wobec ofert innych wykonawców, Zamawiający wskazywał, że projekt opracowano na podstawie katalogów produktów gotowych. Opisy produktów określają standard, kolorystykę i design mebli. Chodzi o uzyskanie odpowiedniego poziomu jakościowego i estetycznego wyposażenia. Zamawiający dopuścił materiały równoważne, zastrzegając jednak, iż powinny one uwzględniać charakter (funkcjonalność) i poziom techniczny (jakość) przyjętych rozwiązań.

W żadnym wypadku nie chodziło Zamawiającemu o narzucenie wszystkich parametrów oferowanych produktów, takich jak pojemność lodówki (z dokładnością do jednego litra). Takie wskazanie należałoby uznać za rażące naruszenie zasad.

Jeśli chodzi o wymiary, Zamawiający wskazał, że „*należy utrzymać wymiary wskazanego wyposażenia*” w celu ich dostosowania do ograniczeń wymiarowych pomieszczeń. Jest oczywistym, że celem określenia wymiarów było zapewnienie możliwości posadowienia, instalacji mebli i wyposażenia w określonych miejscach (udostępniono rzuty pomieszczeń z zaznaczonymi miejscami przeznaczonymi na poszczególne produkty).

Zamawiający dał temu wyraz w kolejnym punkcie Opisu przedmiotu zamówienia:

„Przed zamówieniem i wykonaniem elementów wyposażenia należy wykonać obmiar sprawdzający na obiekcie. Wykonawca zobowiązany jest przed realizacją zamówienia dokonać ponownego, dokładnego obmiaru mebli oraz uzgodnienia kolorystyki oraz szczegółów wykonania mebli. Podane w SWZ wymiary oraz kolorystyka są orientacyjne.”

Jednoznacznie wskazano, że zarówno wymiary, jak i kolorystyka są orientacyjne. W żadnym wypadku nie chodziło Zamawiającemu o utrzymanie wymiarów wyposażenia z określoną dokładnością. Zarzuty Odwołującego co do różnych wymiarowych liczonych w milimetrach (np. fotela biurowego, lodówki wolnostojącej) należy uznać za nieporozumienie (poza lodówką podblatową, której wysokość musi korelować, co oczywiste, z wysokością blatu).

Dalej Zamawiający wskazał, że Odwołujący podważa oświadczenia wykonawców zawarte w opisach oferowanych produktów przywołując standardowe karty katalogowe producentów. Zamawiający, mając spore doświadczenie w zakupach mebli, ma świadomość tego, że oferowane produkty mogą odbiegać od standardowych, np. w zakresie przekroju nóżek krzesła lub kształtu podłokietników foteli. Wiążącym każdego wykonawcę jest jego oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie z SWZ poparte szczegółowymi opisami zawartymi w Materiałach informacyjnych (które potwierdzają spełnianie wymagań).

Dalej Zamawiający odniósł się do zarzutów stawianych wobec wykonawcy Bovi. Zamawiający wskazał, że:

Wykonawca potwierdził przekrój nóżek krzesła a Zamawiający będzie egzekwował przestrzeganie tego parametru. Odwołujący wskazuje parametry typowego krzesła, co nie stanowi dowodu niemożności wykonania zamówienia zgodnie z SWZ. Zamawiający uważa, że krzesło to może być wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i złożoną ofertą.

Zamawiający zdecydowanie odrzuca filozofię Odwołującego wskazującą na odrzucenie oferty z powodu większej pojemności lodówki. Ani analizowane wyżej postanowienia SWZ, ani zasady udzielania zamówień, ani logika postępowania nie pozwalają na przyjęcie tak absurdalnego punktu widzenia.

Jeśli chodzi o klasę energetyczną, to, po pierwsze, Zamawiający wymagał klasy A+ i Wykonawca zaoferował tę klasę w swoim opisie. Po drugie, Zamawiający kieruje się oficjalnym stanowiskiem Urzędu Regulacji Energetyki, zgodnie z którym *„Nowe etykiety informujące o klasie energooszczędności urządzeń nie będą mieć już oznaczeń w formie plusów. Wraca zasada siedmiopunktowej skali od A do G (zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1369[2]). Produkty, które mają obecnie najwyższą klasą energetyczną, czyli oznaczone jako A+++ , w nowym oznaczeniu będą miały literę „C”. Dla tych z A z jednym plusem, czyli obecnie najbardziej energochłonnych, zarezerwowane będą litery „F” i „G.”*

Zamawiający nie akceptuje stanowiska Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty z lodówką o 1 cm wyższą. Jak już to omawiano: wymiary wyposażenia są orientacyjne i nic nie przeszkadza postawieniu wyższej lodówki wolnostojącej. Poza tym, prawdopodobnie lodówka ta posiada regulacje wysokości, dzięki której można ją obniżyć o 1 cm. Ani postanowienia SWZ, ani zasady udzielania zamówień, ani logika nie pozwalają na odrzucenie oferty z takiego powodu.

Zamawiający nie rozumie związku sposobu otwierania gabloty z możliwością jej powieszenia. Przesuwane w pionie okna są powszechnie stosowane za oceanem i uznawane za wygodniejsze od otwieranych poziomo. Zarzut jest absurdalny.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem złożonym w dniu posiedzenia, swoje stanowisko w sprawie zajął Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący odniósł się do poszczególnych zarzutów skierowanych wobec jego oferty i wskazał, że:

Przystępujący jest wieloletnim partnerem firmy Nowy Styl i nie po raz pierwszy wystąpił do producenta z pytaniem o możliwość wyprodukowania tych krzesła z niestandardowego materiału jakim są rury o przekroju 20mm. Możliwość taką potwierdził manager Regionu Południe, którego oświadczenie Przystępujący załączył do pisma.

Dalej Przystępujący wskazał, że Zamawiający podał w OPZ wymiary urządzenia 82x60x55 +/- 2 cm. Tolerancja gabarytowa przekłada się na tolerancję objętościową. Zakres tolerancji wymiarowej pozwala przyjąć, że różnica w

dopuszczalnej objętości wynosi 6%.

Dalej Przystępujący wskazał, że w OPZ Zamawiający stwierdził, że „Podane w SWZ wymiary i kolorystyka są orientacyjne” oraz, że „Podane cechy materiału, produktu lub urządzenia należy rozumieć jako wymagania minimalne”.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zaferowany produkt spełnia wymagania określone w SWZ.

Przystępujący odniósł się również do zarzutu dotyczącego klasy energetycznej powołując stanowisko URE oraz wskazując na przykładowe linki do produktów marki Amica, w których wskazane są stare i nowe oznaczenia energetyczne, z których wynika, że stara klasa energetyczna A+ została zastąpiona nową klasą F.

W zakresie zarzutu 3 Przystępujący ponownie powołał postanowienia SWZ, w których wskazano, że podane wymiary oraz kolorystyka są orientacyjne. Dodał również, że model lodówki może przyjmować również wysokość 122 cm, co wynika ze stron internetowych jej dystrybutorów.

Ostatecznym potwierdzeniem, że lodówka ma wysokość 122 cm jest faktura proforma otrzymana przez Przystępującego, który tę lodówkę już zakupił na potrzeby Zamawiającego, z której wynika, że jej wysokość to 122 cm.

W zakresie ostatniego zarzutu Przystępujący wskazał, że nieprawdą jest sformułowanie, że przeciwwskazaniem do montażu pionowego gabloty są drzwi przesuwne. Aspekt ten można rozpatrywać jedynie w kategorii potencjalnych niedogodności w trakcie użytkowania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

W tym miejscu należy odnieść się do wniosków o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, które sformułowane były zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego.

Jeśli chodzi o wniosek Zamawiającego, to co prawda został on przez niego wycofany, jednak zasadnym jest krótkie jego omówienie. Wskazać należy, że materiał dowodowy wskazuje na to, że faktycznie Odwołujący nie został poinformowany o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie, w jakim informacja ta została opublikowana na stronie internetowej postępowania (tj. w dniu 24 stycznia 2024 r.). Miała więc miejsce sytuacja, w której Zamawiający mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazywał na to, że skontaktował się z przedstawicielami platformy przetargowej z prośbą o przesłanie potwierdzenia poinformowania wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednak należy, że z odpowiedzi przedstawiciela platformy: „*Uprzejmie informujemy, iż powiadomienie dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej oferty zostało wysłane do Wykonawców biorących udział w postępowaniu*”, nie wynika czy Odwołującemu informacja ta została wysłana w dniu 24 stycznia 2024 r. czy może później. Mając na uwadze datę ww. oświadczenia przedstawiciela platformy, tj. 22 lutego 2024 r. można stwierdzić, iż potwierdza ono w zasadzie tyle, że na dzień 22 lutego informacja ta została wysłana wykonawcom i nic więcej. Nie można na podstawie ww. oświadczenia stwierdzić jaka jest data wysłania przedmiotowej informacji. W szczególności do oświadczenia nie zostały załączone żadne logi systemowe, z których mogłaby wynikać faktyczna data wysłania informacji.

Na otrzymanie informacji dopiero dniu 22 lutego wskazywał również Odwołujący, co potwierdzałoby powyższe przypuszczenie. Co więcej, Odwołujący zrzutem ekranu ze skrzynki odbiorczej na platformie przetargowej (załącznik nr 20 do pisma przygotowawczego Odwołującego) potwierdził, że faktycznie dopiero w dniu 22 lutego 2024 r. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej znalazła się na jego skrzynce odbiorczej.

Także Przystępujący odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania wskazał jedynie, że on również takiego zawiadomienia nie otrzymał w styczniu 2024 r. Oświadczenie to w zasadzie potwierdza stanowisko Odwołującego o braku przesłania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Tym samym na dzień wniesienia odwołania (20 lutego 2024 r.) Odwołujący pozostawał w terminie na jego wniesienie. Wskazać należy, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajdzie art. 515 ust. 4 pkt 1 ustawy PZP, który odnosi się wprost do sytuacji, jaka zaistniała w niniejszym postępowaniu, tj. w przypadku gdy zamawiający mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołanie wnosi się nie później niż w terminie: 15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania albo 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki - ogłoszenia o wyniku postępowania albo

ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zawierającego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane zostało w dniu 26 lutego 2024 r., a więc już po wniesieniu odwołania. Tym samym dla ustalenia terminu do wniesienia odwołania zastosowanie znajdzie ust. 4 pkt 2, zgodnie z którym, w sytuacji, gdy mimo takiego obowiązku Zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nie zostało opublikowane, termin na wniesienie odwołania wynosi 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Umowa została zawarta w dniu 05.02.2024 r., a więc uznać należy, że odwołanie wniesione w dniu 20 lutego 2024 r. nie uchybiało terminowi, co czyni wnioski Zamawiającego i Przystępującego niezasadnymi.

W szczególności wskazać należy, że zdaniem Izby nie znajdzie w sprawie zastosowania art. 515 ust. 3, na co wskazywał Przystępujący argumentując, że skoro Przystępujący powziął informację o zawarciu umowy w dniu 8 lutego 2024 r., to termin na wniesienie odwołania upływał 19 lutego 2024 r. Termin na wniesienie odwołania w sytuacji braku przesłania wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej jest wprost uregulowany przez przepis art. 515 ust. 4 ustawy PZP i zdaniem Izby w tej konkretnej sytuacji nie można opierać się na dyspozycji innych przepisów o charakterze ogólnym.

Tym samym wnioski o odrzucenie odwołania należało uznać za niezasadne.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę V.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „BOVI” V.W. z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako: „Przystępujący”). Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należy uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. Tylko niektóre z przeprowadzonych dowodów Izba uznała za przydatne do wydania rozstrzygnięcia, co znajdzie wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa wyposażenia Kliniki Ortopedii i Traumatologii Dorosłych wraz z adaptacją pomieszczeń kuchni oraz Poradni Ortopedycznej” (numer referencyjny: ZP250/087/2023).

Zgodnie z zapisami SWZ:

Część IV punkt 7: „Projekt opracowano na podstawie katalogów dostępnych ogólnie na rynku (wyposażenie w elementy meblowe). Wskazane typy stanowią informację określającą poziom standardu zaprojektowanego wyposażenia, jak i kolorystykę oraz co ważne „formę” (design) tych elementów. Ponieważ wyposażenie biurowe obiektu jest ściśle powiązane z projektem architektonicznym i projektem wnętrz, ewentualne materiały równoważne zastosowane w przyszłej ofercie na wyposażenie budynku, muszą uwzględniać charakter i poziom techniczny przyjętych rozwiązań. Ze względu na charakterystyczny układ pomieszczeń (ograniczenia wymiarowe pomieszczeń) należy utrzymać wymiary wskazanego wyposażenia.”

Część IV punkt 8: „Przed zamówieniem i wykonaniem elementów wyposażenia należy wykonać obmiar sprawdzający na obiekcie. Wykonawca zobowiązany jest przed realizacją zamówienia dokonać ponownego, dokładnego obmiaru mebli oraz uzgodnienia kolorystyki oraz szczegółów wykonania mebli. Podane w SWZ wymiary oraz kolorystyka są orientacyjne.”

Część IV punkt 11: „Zgodnie z art. 101 ust. 4 Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, wskazuje, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym tj. nie gorsze niż parametry użytkowe, funkcjonalne i techniczne materiałów, urządzeń lub produktów wskazanych w SWZ, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Podane cechy materiału, produktu lub urządzenia należy rozumieć jako wymagania minimalne.”

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający opisał szczegółowe parametry i wymiary zamawianego sprzętu.

Zgodnie z zapisami ww. załącznika:

KRZESŁA DO POM. SOCJALNYCH TAPICEROWANE K5* - zamieszczono m. in. wymaganie by stelaż był wykonany z rury metalowej o przekroju ϕ 20mm.

Lodówka podblatowa do zabudowy – zamieszczono m. in. wymaganie by pojemność lodówki wynosiła 130 l chłodziarka oraz by klasa energetyczna była na poziomie A+.

Lodówka wolnostojąca – zamieszczono m. in. wymaganie by wymiary lodówki w x s x g [cm] wynosiły: 120x55x55 cm +/- 2 cm.

Gabloty informacyjne wiszące – zamieszczono m. in. wymaganie by istniała możliwość ich powieszenia w pionie i poziomie.

W dniu 24 stycznia 2024 r. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Informacja ta nie została jednocześnie wysłana do wykonawców biorących udział w postępowaniu – jej wysłanie bezpośrednio do wykonawców nastąpiło dopiero w dniu 22 lutego 2024 r.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy V.W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „BOVI” V.W. z siedzibą w Rzeszowie.

W dniu 05.02.2024 r. Zamawiający podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego z ww. wykonawcą.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

W niniejszej sprawie zawarcie umowy przez Zamawiającego z naruszeniem art. 264 w zasadzie nie budzi wątpliwości. Zgodnie z ust. 1 ww. przepisu zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Materiał dowodowy zebrany w sprawie potwierdza, że publikacja przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej prowadzonego postępowania miała miejsce w dniu 24 stycznia 2024 r. Jednocześnie informacja ta nie została w tym terminie wysłana do wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tego typu sytuacja jest niedopuszczalna na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia. Trzeba mieć bowiem na uwadze treść art. 253 ust. 1 i 2 ustawy PZP, zgodnie z którym:

1. 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.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Niewystarczające i błędne jest zamieszczenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jedynie na stronie prowadzonego postępowania, bez jej przesłania do wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Jak wskazano w komentarzu do ustawy PZP wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „*Nie jest zgodne z PZP zastępowanie informacji, które mają być przekazane wykonawcom, bezpośrednio informacjami na stronie internetowej, także z powodu innego zakresu i celu przekazywania tych informacji.*”

Tożsamy pogląd wyrażony został w komentarzu do ustawy autorstwa P. Wójcika, gdzie wskazano, że: „*Informacja powinna zostać przesłana do wszystkich wykonawców, a niezależnie od jej przesłania także zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania.*” (P. Wójcik, w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany – LEX).

W niniejszej sprawie informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została wysłana Odwołującemu dopiero w dniu 22 lutego 2024 r. Powyższe wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego (Izba za wiarygodny w tym zakresie uznała dowód w postaci zrzutu ekranu ze skrzynki odbiorczej Odwołującego na platformie przetargowej).

Tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 264 jest niewątpliwe z uwagi na wadliwość czynności polegającej na przesłaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem zawarcie przez niego w dniu 05.02.2024 r. umowy z Przystępującym nastąpiło z naruszeniem ww. przepisu.

Dalej wskazać należy, że unieważnienie umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP wymaga ustalenia, że zawarcie umowy z naruszeniem art. 264 uniemożliwiło Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania. Celem ustalenia czy również ta przesłanka została spełniona należy więc rozpatrzyć zarzuty merytoryczne zawarte w treści odwołania, w pierwszej kolejności skierowane wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą (należy mieć bowiem na uwadze, że w razie niezasadności zarzutów skierowanych wobec oferty najkorzystniejszej, zarzuty skierowane wobec oferentów z kolejnych miejsc w rankingu ofert - zgodnie z dyspozycją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP i tak będą podlegały oddaleniu, jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania).

Zdaniem Izby zarzuty skierowane wobec oferty Przystępującego nie zasługiwały na uwzględnienie. Odnosząc się do każdego z nich, Izba pragnie wskazać, co następuje:

Zarzut nr 1 – pozycja nr 16 formularza cenowego.

Zdaniem Izby materiał dowodowy zebrany w sprawie obala twierdzenia Odwołującego. Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta krzesel Nowy Styl, z którego wynika, że możliwym jest ich wyprodukowanie z materiału, jakim są rury o przekroju 20mm. Odwołujący w ramach wypowiedzi ustnej w zasadzie przyznał rację Przystępującemu.

Dodatkowo należy podkreślić, że karta katalogowa, z której Odwołujący wywodził skutki prawne w postaci niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia dotyczy modelu krzesła pn. „CAFE VII”, a Przystępujący zaoferował model pn. „CAFE VII +”. Nie można więc mieć pewności czy są to te same krzesła.

Tym samym, zdaniem Izby, nie ma podstaw do tego by zarzucać Przystępującemu niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 2 – pozycja nr 20 formularza cenowego.

Odwołujący wykazał, że pojemność zaoferowanej przez Przystępującego lodówki to 135 litrów, w sytuacji gdy w OPZ nie został wskazany zakres tolerancji dla ww. atrybutu. Wymagano lodówki o pojemności 130 litrów.

Zdaniem Izby należy mieć jednak na uwadze wszystkie zapisy dokumentacji zamówienia, które są niejednoznaczne. Wskazać bowiem należy, że w Części IV punkt 7 SWZ Zamawiający wskazuje, że: *„Ze względu na charakterystyczny układ pomieszczeń (ograniczenia wymiarowe pomieszczeń) należy utrzymać wymiary wskazanego wyposażenia.”*

Z kolei w następnym punkcie istnieje zapis, zgodnie z którym: *„Przed zamówieniem i wykonaniem elementów wyposażenia należy wykonać obmiar sprawdzający na obiekcie. Wykonawca zobowiązany jest przed realizacją zamówienia dokonać ponownego, dokładnego obmiaru mebli oraz uzgodnienia kolorystyki oraz szczegółów wykonania mebli. Podane w SWZ wymiary oraz kolorystyka są orientacyjne.”*

W SWZ wskazano także, że: *„Podane cechy materiału, produktu lub urządzenia należy rozumieć jako wymagania minimalne”*.

Niejednoznaczność postanowień SWZ jest więc ewidentna. Z jednej strony Zamawiający wskazuje, że podane wymiary wyposażenia należy utrzymywać, a z drugiej, że są one jedynie orientacyjne. Na dokładkę wprowadza również zapis, że podane cechy urządzeń należy traktować jako wymagania minimalne.

Wymienione wyżej zapisy nie współgrają ze sobą i mogą wprowadzać oferentów w wątpliwość jak Zamawiający faktycznie będzie podchodził do kwestii wymiarów i cech poszczególnych sprzętów.

Należy mieć jednak na względzie ugruntowane już orzecznictwo, że wszelkie niejednoznaczności postanowień SWZ należy interpretować na korzyść oferentów. Tym samym, zdaniem Izby, zasadnym jest uznanie, że lodówka o pojemności 135 litrów mieści się w tolerancji dla podanego „orientacyjnie” wymagania, by pojemność ta wynosiła 130 litrów (część IV punkt 8 SWZ). Pojemność 135 litrów jest również korzystniejsza dla Zamawiającego w porównaniu do atrybutu tego urządzenia w wysokości 130 litrów – podanego w OPZ jako wymaganie minimalne (Część IV punkt 11 SWZ).

Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że zapis z Części IV punkt 8 SWZ wyrażnie odnosi się do etapu

realizacji umowy i wskazuje na meble wykonywane na wymiar. Nic takiego nie wynika z jego treści. Zdaniem Izby możliwe jest również zinterpretowanie tego zapisu w ten sposób, że dotyczy on w ogólności sprzętu jaki będzie zamawiany, nie tylko tworzonego pod wymiar.

Biorąc pod uwagę powyższe niejednoznaczności zapisów dokumentacji Izba uznała, że nie można na obecnym etapie czynić Przystępującemu zarzutu, że wziął te zapisy pod uwagę i złożył ofertę w oparciu o nie.

Jeśli chodzi o klasę energetyczną lodówki to Izba za wiarygodne w zakresie porównania nowej i starej klasy energetycznej, uznała stanowisko URE powoływane przez Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym: „*Nowe etykiety informujące o klasie energooszczędności urządzeń nie będą mieć już oznaczeń w formie plusów. Wraca zasada siedmiopunktowej skali od A do G (zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1369 [2]). Produkty, które mają obecnie najwyższą klasę energetyczną, czyli oznaczone jako A+++ , w nowym oznaczeniu będą miały literę „C”. Dla tych z A z jednym plusem, czyli obecnie najbardziej energochłonnych, zarezerwowane będą liter „F” i „G”.*”

Zaoferowana przez Przystępującego lodówka posiada nową klasę energetyczną oznaczoną literą „F”, która odpowiada razem z literą „G” starej klasie energetycznej „A+”. Nie ma więc podstaw do zarzucania Przystępującemu niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 3 – pozycja nr 21 formularza cenowego.

Ze strony internetowej, na którą powoływał się Odwołujący faktycznie wynika, że zaoferowana przez Przystępującego lodówka ma wysokość 123 cm, a więc nie mieści się w tolerancji wskazanej przez Zamawiającego jako 120 +/- 2 cm.

Wskazać jednak należy, że pozostały materiał dowodowy przeczy twierdzeniom Odwołującego. W pierwszej kolejności na fakturze przedłożonej przez Przystępującego lodówka ta została oznaczona w następujący sposób: „Lodówka Amica FD2015.4 biała 122 cm 40dB 126/42L”. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, tego typu oznaczenie na fakturze wskazuje, że zakupiony został towar w postaci lodówki o wysokości 122 cm. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego, że liczba ta może oznaczać coś innego.

Co więcej, ze stron internetowych, na które z kolei powoływał się Przystępujący wynika, że lodówka ta ma wysokość 122 cm.

Powyższe różnice najprawdopodobniej wynikają z faktu, że lodówka ta ma regulację pozwalającą na dostosowanie jej wysokości w małym zakresie, tzw. regulowane stopki.

Wobec powyższego oraz mając na uwadze zapisy SWZ o tym, że podane wymiary są orientacyjne, nie ma podstaw by zarzucać ofercie Przystępującego niezgodność z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 4 – pozycja nr 80 formularza cenowego.

Izba w tym zakresie w pełni przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że drzwi przesuwne nie są przeciwwskazaniem do montażu pionowego gabloty. Odwołujący nie wykazał, że nie da się zamontować tej gabloty na dwa sposoby, a jedynie, że ma ona drzwi przesuwne. Tym samym zarzut nie może być uwzględniony, gdyż nie został przez Odwołującego wykazany.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zawarcie przez Zamawiającego umowy z naruszeniem art. 264 nie uniemożliwiło Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienia odwołania przed zawarciem umowy, gdyż zarzuty postawione w odwołaniu okazały się niezasadne. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki do unieważnienia umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Jeśli chodzi o zarzuty skierowane wobec pozostałych oferentów należy wskazać, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sytuacji, gdy zarzuty skierowane wobec oferty najkorzystniejszej okazały się nietrafne, nawet potencjalna zasadność zarzutów skierowanych wobec pozostałych oferentów, pozostanie bez wpływu na ostateczny rezultat postępowania.

Należy jednak dodać, że jeśli chodzi o ww. zarzuty, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ani w trakcie wypowiedzi na rozprawie, w ogóle się do nich nie odniósł. Nie zaprzeczył on twierdzeniom Odwołującego w tym zakresie, skupiając się jedynie na argumentacji na odparcie zarzutów dotyczących oferty najkorzystniejszej. Także wykonawcy, których dotyczyły te zarzuty nie przystąpili do postępowania odwoławczego. Tym samym, mając na uwadze treść art. 533 ust. 2 ustawy PZP, Izba uznała twierdzenia Odwołującego w tym zakresie za przyznane.

Powyższe nie zmienia faktu, że mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zarzuty te i tak podlegały oddaleniu jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....