

**WYROK**  
**z dnia 21 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę: **A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16 c, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: **A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M. A., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów** oraz **W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Rzeźniczo – Wędliniarski W. W., Rynek 25, 36-020 Tyczyn** występujący w postępowaniu jako: **Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 675/15 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Uniwersytet Rzeszowski z siedzibą w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż wyposażenia meblowego dla budynków Przyrodniczo Medycznego Centrum Badań Innowacyjnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 215-380438.

Wykonawca A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz innych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, pozostających w związku z art. 7 Pzp, tj. zarzuty:

### **I - niewykonania czynności wynikających z uwzględnia w całości odwołania z dnia 9 marca 2015 r. oraz (pomocniczo) poprzedzającego go uwzględnionego w całości odwołania z dnia 6 lutego 2015 r.:**

1. naruszenie art. 186 ust. 2 zd. ostatnie oraz ust. 3 Pzp w związku z niewykonaniem czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 9 marca 2015 r., uwzględnionym w całości przez Zamawiającego w dniu 17 marca 2015 r., a na skutek powyższego m.in. naruszenie:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z siedzibą w Rzeszowie, z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być odrzucona,

c. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej, tj., niewykonanie czynności, tak jak żądała Odwołująca w poprzednio złożonym odwołaniu, które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego.

### **II - niezależne od zarzutów z pkt I, Odwołująca podtrzymała z ostrożności procesowej, zarzuty naruszenia następujących przepisów:**

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji gdy w odniesieniu do oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie może być prowadzona procedura

uzupełnienia, z uwagi na to, że oferta podlega odrzuceniu w związku z tym, że wykonawca Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. zamieścił w ofercie opis wymagań przygotowany przez Zamawiającego, który zawierał różne rozwiązania techniczne, materiałowe oraz zawierał tolerancję wymiarów, zamiast przedstawić dokładny, własny opis oferowanego produktu, a tym samym wobec faktu złożenia pierwotnie oferty wariantowej, co było niezgodne z treścią SIWZ,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że w trybie wyjaśnień treść oferty została w istotny sposób zmieniona (dokonano wyboru wariantu),
- 3) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być odrzucona.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonania czynności wynikających z uwzględnionego w całości odwołania z dnia 9 marca 2015 r.,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. jako najkorzystniejszej;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c.;
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującej, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołująca przedstawiła następującą argumentację:

#### **I - niewykonanie czynności wynikających z uwzględnienia w całości odwołania z dnia 9 marca 2015 r.:**

Zamawiający, pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. poinformował wykonawców o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. W dniu 6 lutego 2015 r. Odwołująca złożyła na ww. czynność pierwsze odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu m.in. naruszenie:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na wariantowość oferowanych parametrów przedmiotu zamówienia,
- b. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww.

wykonawcy winna być odrzucona.

W żądaniach pierwszego odwołania, Odwołująca wskazywała na konieczność odrzucenia oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. i dokonania wyboru oferty Odwołującej, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołująca podniosła m.in., że zgodnie z SIWZ wykonawcy mieli obowiązek dołączenia do oferty opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i jednocześnie, że wymogu tego nie spełnia - podpisany przez wykonawcę Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w SIWZ. Powyższe wymaganie i zastrzeżenie Zamawiającego było o tyle istotne, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczał różne rozwiązania, tolerancję rozmiarową, kolorystykę etc. Wykonawca Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., pomimo wyraźniej informacji w SIWZ, zamieścił w ofercie opis wymagań przygotowany przez Zamawiającego, który zawierał różne rozwiązania techniczne, materiałowe oraz zawierał tolerancję wymiarów, zamiast przedstawiać dokładny opis oferowanego produktu. Nieprawidłowość takiego przedstawienia oferty dostrzegali sam Zamawiający, który w korespondencji kierowanej do ww. wykonawcy zwracał uwagę na charakterystyczne sformułowania występujące w przedstawionym opisie, które nie powinny mieć miejsca w ofercie. Dotyczy to m.in. sformułowań takich jak: „musi posiadać”, „powinna być zapewniona<sup>1</sup>”, „należy wykonać” etc., które wskazują na niedookreślony i przyszły lub wręcz wariantowy charakter oferty. Powyższe potwierdzało istnienie nieprawidłowości w treści oferty, co winno skutkować jej odrzuceniem.

W konsekwencji, uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania z dnia 6 lutego 2015 r. w całości musiało prowadzić do odrzucenia ww. oferty i wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Odwołującej. Tak się jednak nie stało. Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp w tym względzie i dokonał innych czynności niż przewidziane w odwołaniu, które sam uwzględnił w całości. Zamawiający, powtarzając czynność oceny ofert, zamiast czynności odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu wymaganego w Rozdziale IV ust. 3 lit. b) Lp. 3 SIWZ, co nie stanowiło przedmiotu zarzutów ani żądań pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującą.

Na ww. nieprawidłowe czynności Zamawiającego, a przede wszystkim – na zaniechanie wykonania żądań zawartych w pierwszym odwołaniu, Odwołująca złożyła kolejne odwołanie z dnia 9 marca 2015 r., które zostało również uwzględnione w całości przez Zamawiającego w dniu 17 marca 2015 r. Pomimo ponownego uwzględnienia w całości odwołania, Zamawiający ponownie nie wykonał czynności żądanych przez Odwołującą w odwołaniu. Konieczne stało się więc, wniesienie niniejszego, trzeciego już odwołania, sprowadzającego się w istocie do żądania wykonania czynności, których Zamawiający -

pomimo uwzględniania w całości odwołań - uporczywie nie wykonuje. Zamawiający uwzględniając odwołania, a następnie nie wykonując zawartych w nich żądań, celowo doprowadza do uniknięcia rozpatrzenia sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Powyższe zaniechania Zamawiającego dodatkowo obciążają Odwołującą kosztami uczestnictwa w postępowaniu, kosztami zapewnienia utrzymania ciągłości terminu związania ofertą i wadium oraz kosztami obsługi prawnej niezbędnej dla prawidłowej ochrony interesów Odwołującej w postępowaniu. Powyższe zaniechania mogą również prowadzić do poniesienia szkody w postaci niemożności wykonania zamówienia z uwagi na zawinioną przez Zamawiającego utratę dofinansowania lub z uwagi na celowe doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie. Uregulowana w art. 186 ust. 2 Pzp sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania w całości skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez Zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający, podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań (tak w wyroku KIO z dnia 4.11.2011 r., KIO 2270/11; KIO 2275/11; KIO 2298/11).

**II - niezależne od zarzutów z pkt I, z ostrożności procesowej Odwołująca podtrzymała następujące zarzuty:**

- Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp - wobec faktu złożenia przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. pierwotnie oferty wariantowej lub zawierającej kilka rozwiązań, co stało w oczywistej sprzeczności z treścią SIWZ, a tym samym oferta podlegała odrzuceniu. Przedłożona przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. pierwotna oferta była ofertą wielowariantową, obejmującą kilka możliwych rozwiązań. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 17.02.2015 r. oraz uzupełnienia oferty przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z dnia 23.02.2015 r. doszło do określenia (konkretyzacji) wariantu oferty, który będzie oferowany. Takie działanie jest niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Doszło przy tym do naruszenia postanowień art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp, poprzez niedozwolone negocjacje skutkujące istotną zmianą treści oferty.

- Na skutek powyższych uchybień doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że treść oferty została w istotny sposób zmieniona, jak również na skutek potwierdzenia się okoliczności, że treść złożonej przez ww. wykonawcę oferty nadal nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I tak, w zakresie niezgodności z treścią SIWZ, obecnej (uzupełnionej i zmienionej) treści oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c.:

- **w odniesieniu do krzesła audytoryjnego (24a)** - Salon Krzesel i Mebli Biurowych

P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie potwierdził, że oferowane produkty posiadają klasyfikację ogniową w zakresie zapalności mebli — tak jak wymagał Zamawiający w treści SIWZ dla pulpitu składanego i panelu frontowego. Wykonawca nie potwierdził też posiadania atestu wytrzymałościowego w zakresie odporności na mechacenie - stopień co najmniej 5, przy pocieraniu 5000 razy,

- **w odniesieniu do stanowiska komputerowego szkoleniowego (30)** - Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie potwierdził, jaki kolor tapicerki oferuje, co było jednym z wymogów SIWZ,

- **w odniesieniu do Krzesła obrotowego (66)** - Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. oferuje wariantowość, poprzez użycie słów „musi” - „Oparcie musi posiadać poziome przeszyte (...)” i analogicznie w odniesieniu do wymagania atestu wytrzymałościowego, zgodnego z normą PN EN 1335-2, 1335-3.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M. A., oraz W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Rzeźnicko – Wędliniarski W. W., występujący w postępowaniu jako: Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c. z siedzibą w Rzeszowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w wyniku wniesionych przez Odwołującą odwołań dokonał decyzji kasacyjnej. Uwzględniając każde z odwołań, w szczególności unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonywał dodatkowych czynności wyjaśniających. Zamawiający wyjaśnił, że wymagał złożenia w ofercie *Opisu przedmiotu zamówienia* - zgodnie z pkt IV ppkt 3 *SIWZ*. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do *SIWZ* - w tej też formie (podpisany przez przystępującego) został złożony w ofercie przystępującego, co było niezgodne z *SIWZ*. Zamawiający wskazał, że wskutek uwzględnienia odwołania w całości zamawiający nie musi uwzględniać wszystkich żądań - w szczególności takich, które nie są możliwe do wykonania. Wyjaśnia następnie, że w styczniu bieżącego roku - w ramach badania ofert - wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp w dniu 15 stycznia 2015 r. oraz w dniu 20 stycznia 2015 r. i uzyskał odpowiednio wyjaśnienia wykonawcy: w dniu 22 stycznia 2015 r. i w dniu 26 stycznia 2015 r. Po uzyskaniu tych wyjaśnień Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Przystępującego. Ponownie w dniu 17 lutego 2015 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia *Opisu przedmiotu zamówienia*, który został uzupełniony przez wykonawcę

w dniu 23 lutego 2015 r. Czynności te były efektem pierwszego odwołania, wniesionego przez Odwołującą w lutym 2015 r. Zamawiający następnie dokonał ponownej czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej. Odwołująca wniosła wobec tej czynności kolejne odwołanie. Wskutek wniesionego odwołania Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w dniu 23 marca 2015 r. – otrzymał wyjaśnienia w dniu 26 marca 2015 r. Jednocześnie zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień w tym samym trybie również Odwołującą. Zamawiający podniósł, że Odwołująca nie przedstawiła dowodów na potwierdzenie wariantowości oferty Przystępującego. Wskazał na definicję oferty wariantowej, zawartą w ustawie Pzp. W ocenie Zamawiającego, w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z ofertą wariantową. Ponadto, przepis art. 26 ust. 3 Pzp upoważnia Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego. Dodał, że po uzyskaniu wyjaśnień od obu wykonawców stwierdził ostatecznie, iż obie oferty spełniają w całości wymagania, postawione w SIWZ. Podkreślił, że żądanie Odwołującej - dotyczące wyboru jej oferty, jako najkorzystniejszej - jest niemożliwe do spełnienia, ponieważ Zamawiający nie posiada możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia (w wysokości określonej w ofercie).

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołująca spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez Izbę powinno prowadzić do odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza i wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Nie można powyższej sytuacji wykluczyć pomimo, że cena oferty Odwołującej przekracza wysokość środków przewidzianych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji o braku możliwości podwyższenia środków na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny oferty Odwołującej.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

**Zarzut I – naruszenia art. 186 ust. 2 zd. ostatnie oraz ust. 3 Pzp, poprzez niewykonanie czynności wynikających z uwzględnienia w całości odwołania z dnia 9 marca 2015 r.**



**oraz (pomocniczo) uwzględnionego w całości odwołania z dnia 6 lutego 2015 r., Izba uznała za zasadny.**

W dniu 6 lutego 2015 r. Odwołująca złożyła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na wielowariantowość oferowanych przez Euro Styl parametrów,
- art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona.

Odwołująca żądała odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., i dokonania wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w całości, lecz nie wykonał czynności zgodnie z żądaniami Odwołującej. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, a zamiast czynności odrzucenia oferty wezwał wykonawcę Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia Opisu przedmiotu zamówienia, który należało złożyć w ofercie, zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV ust. 3 lit. b Lp. 3 SIWZ. Po uzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę Zamawiający dokonał ponownie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Na ww. czynności Zamawiającego, w tym na zaniechanie wykonania żądań zawartych w odwołaniu, Odwołująca złożyła kolejne odwołanie w dniu 9 marca 2015 r., które zostało również uwzględnione w całości przez Zamawiającego w dniu 17 marca 2015 r. Zarzuty odwołania dotyczyły naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych przepisów w związku z art. 7 Pzp, tj.:

I - niewykonanie czynności wynikających z uwzględnienia w całości odwołania z 6 lutego 2015 r., obejmującego zarzuty naruszenia:

1. art. 186 ust. 2 zd. ostatnie Pzp w związku z niewykonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 6 lutego 2015 r., uwzględnionym w całości przez Zamawiającego w dniu 13 lutego 2015 r., a na skutek powyższego m.in. naruszenie:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ,
- b. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez

Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona,

c. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej, tj. niewykonanie czynności, tak jak żądała Odwołująca w poprzednio złożonym odwołaniu, które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego.

Niezależne od zarzutów z pkt I odwołania zostały podniesione przez Odwołującą, z ostrożności procesowej, zarzuty naruszenia następujących przepisów:

- art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji gdy w odniesieniu do oferty nie może być prowadzona procedura uzupełnienia, z uwagi na to, że oferta podlega odrzuceniu, w związku z tym, że Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. zamieścił w ofercie opis wymagań przygotowany przez Zamawiającego, który zawierał różne rozwiązania techniczne, materiałowe oraz zawierał tolerancję wymiarów, zamiast przedstawić dokładny, własny opis oferowanego produktu - tym samym wobec faktu złożenia pierwotnie oferty wariantowej, co było niezgodne z treścią SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że treść oferty została w istotny sposób zmieniona (dokonano wyboru wariantu), jak również treść złożonej przez ww. wykonawcę nadal nie odpowiada treści SIWZ,

- art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona.

W świetle ww. zarzutów Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania oraz:

1. wykonanie czynności wynikających z uwzględnionego w całości odwołania z dnia 6 lutego 2015 r.,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ww. oferty;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującej, jako oferty najkorzystniejszej.

Pomimo, uwzględnienia w całości drugiego odwołania (z dnia 9 marca 2015 r.), Zamawiający ponownie nie wykonał czynności żądanych przez Odwołującą, w szczególności nie odrzucił oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. lecz wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a po uzyskaniu wyjaśnień dokonał ponownie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 6 lutego 2015 r. oraz w odwołaniu z dnia 9 marca 2015 r., a następnie nie wykonując zawartych w tych odwołaniach żądań, doprowadził dwukrotnie do uniknięcia rozpatrzenia zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą. W ocenie Izby, zaniechanie przez Zamawiającego

wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionych odwołaniach stanowi naruszenie art. 186 ust. 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania w całości, to jest zobowiązany do wykonania czynności wskazanych przez odwołującego w żądaniach zawartych w odwołaniu „W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższe oznacza, że zamawiający, podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, musi się liczyć z faktem, że jest zobowiązany do spełnienia zawartych w odwołaniu żądań odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający złożył dwukrotnie oświadczenie o uwzględnieniu odwołań, nie wykonując jednak czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach.

Jak wynika z treści zarzutów, Odwołująca, podnosząc w szczególności zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., miała na uwadze okoliczność, iż uwzględnienie tego zarzutu skutkowało powinno odrzuceniem ww. oferty. Potwierdzają to żądania zawarte w obu odwołaniach. Zamawiający, pomimo jednak złożenia oświadczenia o uwzględnieniu tego zarzutu w obu odwołaniach, nie odrzucił oferty lecz wykonał inne czynności - najpierw wezwał do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp dokumentu - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, a następnie, przy drugim odwołaniu – do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Po wykonaniu obu ww. czynności Zamawiający dokonał ponownego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe stoi w ewidentnej sprzeczności z żądaniami zawartymi w obu analizowanych odwołaniach, gdyż Odwołująca żądała odrzucenia ww. oferty i wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej.

W świetle art. 186 ust. 2 i 3 Pzp, uwzględnienie zarzutu w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący. Jeśli Zamawiający stwierdza zatem, że okoliczności sprawy opisane w zarzutach są jedynie w pewnym zakresie słuszne lecz nie uzasadniają wykonania żądań zawartych w odwołaniu, to nie może uwzględnić zarzutów odwołania w całości, gdyż nie jest w stanie spełnić żądań wynikających z odwołania. Tytułem przykładu należy wskazać, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty może być uwzględniony przez zamawiającego w całości, jeśli zamawiający uzna, że zaniechanie wykonania czynności odrzucenia danej oferty było błędne, a tym samym na skutek uwzględnienia zarzutu wykona czynność zaniechaną.

W niniejszej sprawie Zamawiający, formalnie uwzględniając w całości zarzuty, w tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty, de facto uznał, że wykonanie czynności odrzucenia oferty nie jest uzasadnione, gdyż wykonawca podlega wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, ewentualnie do wyjaśnienia treści oferty. Zdaniem Izby, uwzględnienie zarzutu w powyższym zakresie nie stanowi uwzględnienia odwołania w całości, w rozumieniu art. 186 ust. 2 i 3 Pzp. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający naruszył ww. przepis w wyniku złożenia oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, podczas gdy w rzeczywistości zarzuty te zostały jedynie uwzględnione w części, co skutkowało de facto niewykonaniem żądań zawartych w odwołaniach. Choć opisana tu praktyka jest często stosowana przez zamawiających, w ocenie Izby nie jest ona prawidłowa, ponieważ prowadzi do piętrzenia się odwołań składanych pomimo uprzedniego uwzględnienia w całości poprzednio złożonych odwołań, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji prowadzi to uwikłania wykonawców w kolejne czynności podejmowane w postępowaniu oraz związane z tym ponoszenie dodatkowych kosztów, a to wszystko - do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia.

**Zarzuty II - naruszenia przepisów: art. 26 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp art. 90 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp w ramach badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., w ocenie Izby nie potwierdziły się.**

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. do uzupełnienia dokumentu „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia”. Izba ustaliła, że wykonawca zamieścił w ofercie Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony w formie tabeli, w znacznym stopniu stanowiący kopię Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, sporządzonego przez Zamawiającego - stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, który zawiera szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wykonawca w odniesieniu do części wymagań pozostawił w Opisie sformułowania użyte do opisanie wymagań np. minimalne wymiary itp.

Jak wynika z treści SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia w ofercie, zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV ust. 3 lit. b Lp. 3 SIWZ, opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, zastrzegając przy tym, że wymogu dotyczącego załączenia tego dokumentu nie spełnia załączenie do oferty załącznika nr 2 do SIWZ, podpisanego przez wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający nie podał w SIWZ, w jaki sposób należy ten opis przygotować, jak szczegółowe informacje powinien on zawierać, jakie dane lub wymagania potwierdzać. Podkreślić też należy, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zawarł postanowienia,

że w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia należy potwierdzić wszystkie wymagania bardzo szczegółowo opisane w załączniku nr 2.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, który należało złożyć w ofercie, zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV ust. 3 lit. b Lp. 3 SIWZ, uznając, że złożony w ofercie dokument jest niezgodny z wymogiem Rozdziału IV ust. 3 lit. b Lp. 3 SIWZ.

Z punktu widzenia formalnego, czynność wezwania do uzupełnienia opisu została wykonana przez Zamawiającego w sposób uprawniony. Uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp podlegają dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego, a jednym z takich dokumentów jest opis, wymieniony w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. 2013, poz. 231).

Skoro złożony dokument w ofercie dokument zawierał treść skopiowaną z Załącznika nr 2, co nie było zgodne z zastrzeżeniem zawartym w SIWZ, to Zamawiający mógł żądać uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający nie określił w SIWZ wymaganego stopnia szczegółowości ani zakresu oczekiwanych informacji w wymaganym dokumencie, to przy ocenie ofert nie jest uprawniony do wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji braku potwierdzenia dokładnie wszystkich bardzo szczegółowych opisanych wymagań. Brak w Opisie informacji o stopniu szczegółowości dokładnie takim jak w Załączniku nr 2 do SIWZ nie może oznaczać niezgodności z treścią SIWZ, wówczas gdy Zamawiający nie podał w SIWZ jak należy taki opis sporządzić. Wobec zawarcia w ofercie (formularzu ofertowym) oświadczeń wykonawcy o spełnieniu wymagań SIWZ oraz zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ nie można przyjąć w tym przypadku, że treść oferty nie potwierdza spełnienia wymagań SIWZ co do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że treść oferty nie zawiera jakiegokolwiek treści sprzecznej z tymi wymaganiami.

Z taką też sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty Przystępującego. Odwołująca nie wskazała w treści ww. oferty żadnej informacji, która świadczyłaby o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami SIWZ, nie przedstawiła też żadnych dowodów na tę okoliczność.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia również w kontekście zarzutu złożenia oferty wariantowej, która po uzupełnieniu i wyjaśnieniu opisu przedmiotu zamówienia zmieniła swoją treść, poprzez wybór jednego z zaoferowanych wariantów realizacji.

Definicję oferty wariantowej zawiera przepis art. 2 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym, przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą odmienny niż określony przez

zamawiającego, sposób wykonania zamówienia publicznego. W świetle powyższej definicji, treść opisu przedmiotu zamówienia złożona w ofercie Przystępującego nie przedstawia innego, niż określony przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia, ponieważ opis ten przedstawia przedmiot zamówienia mieszczący się w wymaganiach Zamawiającego. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 17 lutego 2015 r. oraz uzupełnienia opisu w dniu 23 lutego 2015 r. nastąpiło doprecyzowanie opisu w zakresie potwierdzenia szczegółowych wymagań zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp, poprzez niedozwolone negocjacje Zamawiającego z Przystępującym w zakresie treści oferty, skutkujące jej zmianą, w szczególności wyborem wariantu. Zwrócić należy uwagę, że zamawiający zawsze, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, może wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty. Wyjaśnienia takie nie powodują zmiany treści oferty, wówczas gdy zawierają oświadczeń sprzecznych z zawartymi w ofercie. W niniejszej sprawie istotne jest także to, że równocześnie na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w odniesieniu do oferowanego przedmiotu zamówienia składała też Odwołująca.

W ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w odniesieniu do:

- krzesła audytoryjnego (24a) - Informacja potwierdzająca, że oferowane produkty posiadają klasyfikację ogniową w zakresie zapalności mebli, tak jak wymagał tego Zamawiający w treści SIWZ dla pulpitu składanego i panelu frontowego oraz posiadanie atestu wytrzymałościowego w zakresie odporności na mechacenie - stopień co najmniej 5, przy pocieraniu 5000 razy, została zawarta w odpowiedzi na pytania nr 4 oraz 5 i 6 wyjaśnień z dnia 23 marca 2015 r. na wezwanie z dnia 23 marca 2015 r.

- stanowiska komputerowego szkoleniowego (30) - W odpowiedzi na pytanie nr 8 Przystępujący wyjaśnił, że oferuje kolor zgodny z wymaganiami Zamawiającego, odpowiadający zdjęciu z załącznika nr 2.

krzesła obrotowego (66) - W odpowiedzi na pytanie nr 9 wykonawca określił sposób poziomego przeszcycia tapicerki krzesła a w odpowiedzi na pytanie nr 7 i 10 potwierdził atest wytrzymałościowy dla tego krzesła, zgodnie z wymaganą normą PN EN 1335-2, 1335-3.

Równocześnie Izba zauważa, że w świetle treści SIWZ, Zamawiający nie ma podstaw by żądać szczegółowego potwierdzenia każdego ze szczegółowych wymagań określonych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, gdyż w żadnym postanowieniu SIWZ nie określił stopnia szczegółowości wymaganego opisu. Zgodnie z oświadczeniami złożonymi w ofercie (formularzu ofertowym) ww. wykonawca jednoznacznie potwierdził zaoferowanie przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagania zamawiającego, określone w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, oferta wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W toku postępowania odwoławczego Odwołująca nie przedstawiła dowodów na potwierdzenie, że pomimo oświadczeń złożonych w ofercie odnośnie spełnienia wymagań SIWZ co do przedmiotu zamówienia, wykonawca zaoferował przedmiot nie odpowiadający wymaganiom zamawiającego. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującej, stosownie do art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie został też naruszony w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., z uwagi na to, że treść oferty została w istotny sposób zmieniona na skutek uzupełnienia opisu a następnie dokonanych przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. W tym kontekście nie został też naruszony przepis art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający w tożsamy sposób żądał też wyjaśnień treści oferty Odwołującej – wezwanie z dnia 23 marca 2015 r. – na które Odwołująca złożyła stosowne wyjaśnienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia - pismem z dnia 25 marca 2015 r.

Nie potwierdził się w konsekwencji zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c.

Wobec powyższego, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 186 ust. 2 i 3 Pzp nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania. Uwzględnienie odwołania nastąpić może wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że stwierdzone naruszenie przepisu ustawy Pzp miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). W niniejszej sprawie, jak zostało wykazane powyżej, Izba stwierdziła, że wobec braku podstaw (niepotwierdzenia się zarzutów) do odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., nie można uznać, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 186 ust. 2 i 3 Pzp miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....