

Opole, 03.10.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** Park Naukowo-Technologiczny w Opolu Sp. z o.o.  
45-839 Opole, ul. Technologiczna 2  
tel. 77 4438930, e-mail: [przetargi@pnt.opole.pl](mailto:przetargi@pnt.opole.pl)

**Odwołujący:** SIGMA Sp. z o.o. **KRS 0000026659**  
45-864 Opole, ul. Niemodlińska 87  
tel. 77 4515154, e-mail: [sigma@sigma.pl](mailto:sigma@sigma.pl)  
zast. przez: r. pr. Ewę Langner-Dziadek  
Cybińska Dziadek Budziński Sp. p. Radców Prawnych i Adwokatów  
45-065 Opole, ul. Reymonta 13/4  
tel. 77 4425720, e-mail: [sekretariat@cdpkancelaria.pl](mailto:sekretariat@cdpkancelaria.pl)

**Przedmiot zamówienia publicznego:** zadanie pn. „Dostawa fabrycznie nowych mebli biurowych oraz regałów jezdnych do archiwum na potrzeby wyposażenia pomieszczeń budynku CUP”, część 1.

**Nr postępowania: 5-PNT-2022-A**

**Adres strony internetowej post.:** <https://platformazakupowa.pl/transakcja/655202>

**Nr i data publikacji ogłoszenia:** 468355-2022 z 29.08.2022 r. (nr wydania Dz.U. S 165)

### **ODWOŁANIE** **od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego**

Działając w imieniu Spółki pod firmą SIGMA Sp. z o.o., na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), **wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego** podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Dostawa fabrycznie nowych mebli biurowych oraz regałów jezdnych do archiwum na potrzeby wyposażenia pomieszczeń budynku CUP”, część 1, nr postępowania: 5-PNT-2022-A, **polegających na skonstruowaniu specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ), w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp.**

Odwołanie jest składane **od treści dokumentów zamówienia zamieszczonych przez Zamawiającego w dniu 23.09.2022 r. na stronie internetowej postępowania**, tj. wobec treści SWZ (oraz OPZ) w brzmieniu przyjętym na podstawie udzielonych przez Zamawiającego w dniu 23.09.2022 r. odpowiedzi na pytania Wykonawców.

### **ZARZUTY**

**Zaskarżonym czynnościom zarzucam** naruszenie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) tj. :

1. naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny i uniemożliwiający zidentyfikowanie wymagań Zamawiającego i sporządzenie niepodlegającej odrzuceniu oferty, m.in. wskutek przyjęcia za wiążące dla niniejszego postępowania odpowiedzi na pytania zadane do SWZ w unieważnionym wcześniej postępowaniu nr 5-PNT-2022 stanowiących Załącznik nr 7 do dokumentacji niniejszego postępowania;
2. naruszenie art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 - poprzez określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cech poszczególnych mebli, odnoszących się do konkretnej metody ich produkcji, nieproporcjonalnie do celów, jakie Zamawiający chce uzyskać, a także bez dopuszczenia innych metod, co może prowadzić do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców w postępowaniu i w ten sposób naruszać uczciwą konkurencję ;
3. naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 i 17 - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję i prowadzić do uprzywilejowania niektórych wykonawców, wskutek wprowadzenia wymagań uzasadnianych przez Zamawiającego niedookreślonymi warunkami ochrony przeciwpożarowej budynku, a będących czynnikiem cenotwórczym, który jest możliwy do spełnienia, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów, przez konkretnego wykonawcę lub ograniczone grono wykonawców, a także poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu - nieuzasadnionego uzyskaniem żadnego racjonalnego celu - przedstawienia kart katalogowych, w których niedopuszczalne jest kopiowanie rysunków i/lub zdjęć zamieszczonych w OPZ;

**i wnoszę o:**

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów OPZ poprzez usunięcie sprzeczności związanych z dopuszczalnością zmiany szerokości i głębokości biurek i wskazanie jednoznacznych i możliwych do zidentyfikowania przez wykonawców, wymogów dotyczących wymienionych elementów przedmiotu zamówienia;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów OPZ poprzez usunięcie sprzeczności związanych z dopuszczalnością wkładów szuflad wykonanych z tworzywa lub w całości metalowych (oprócz wkładów w części metalowych, a w części z płyty laminowanej) i wskazanie jednoznacznych i możliwych do zidentyfikowania przez wykonawców, wymogów dotyczących wymienionych elementów przedmiotu zamówienia;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów OPZ poprzez usunięcie niejasności związanych z oczekiwaną grubością płyt oraz dopuszczalną tolerancją wymiaru płyt i wskazanie jednoznacznych i możliwych do zidentyfikowania przez wykonawców, wymogów dotyczących wymienionych elementów przedmiotu zamówienia;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany OPZ poprzez jednoznaczne określenie czego Zamawiający wymaga jeśli chodzi o zawartość karty katalogowej oraz poprzez usunięcie z OPZ zakazu kopiowania rysunków i/lub zdjęć tam zamieszczonych;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów OPZ poprzez usunięcie wymogu zastosowania w siedziskach krzeseł pianek trudno zapalanych;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów OPZ poprzez usunięcie wymogu wykonania obrzeży mebli przy zastosowaniu w następującej technologii: *„obrzeże ma zostać wykonane jako nakładane metodą bezspoinową poprzez wtapianie w płytę bez użycia kleju ”* i zastąpienie go zapisem określającym właściwości lub parametry jakie mają spełnić oferowane przez wykonawców meble, tak by możliwe było zastosowanie także innych technologii wykonania obrzeży tych mebli, spełniających określone parametry i wymagania Zamawiającego proporcjonalne do celu jaki Zamawiający chce osiągnąć i racjonalnych jego potrzeb;

**ewentualnie:**

7. w przypadku braku możliwości usunięcia wskazanych w odwołaniu wadliwości dokumentacji postępowania mających wpływ na jego wynik – wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia** i może ponieść szkodę w wyniku

naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Rozstrzygnięcie odwołania ma bezpośredni wpływ na sytuację prawną odwołującego w przetargu oraz na możliwość uzyskania przez niego zamówienia publicznego w w/w postępowaniu. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. W związku ze sformułowaniem SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, odwołujący utracił możliwość przygotowania i złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty i tym samym możliwość uzyskania zamówienia.

**Informację o podjęciu przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, o których mowa w *petitum*, odwołujący powziął w dniu 23.09.2022 r., a więc termin do wniesienia odwołania został dochowany.**

### **WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH UZASADNIAJĄCYCH WNIESIENIE ODWOŁANIA ORAZ DOWODÓW NA POPARCIE PRZYTOCZONYCH OKOLICZNOŚCI**

#### **1. Naruszenie 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.**

W dokumentacji postępowania jako Załącznik nr 7 Zamawiający zamieścił dokument pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022. W SWZ Rozdział I pkt 12.1. Zamawiający wskazał, że *w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi lub innych informacji Zamawiającego, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.*

W związku z tym odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 135 ustawy Pzp o wyjaśnienie w jakim celu w/w Załącznik nr 7 został zamieszczony w dokumentacji aktualnego postępowania i czy jego treść należy traktować jako obowiązującą w aktualnym postępowaniu część dokumentacji, modyfikującą SWZ (pytanie nr 1.32). Także inny Wykonawca zadał Zamawiającemu pytanie o wyjaśnienie jego intencji w tym zakresie (pytanie nr 1.29). Na zadane pytania Zamawiający odpowiedział w następujący sposób: *„Zamawiający opublikował zestaw pytań oraz odpowiedzi nieopublikowanych w uprzednim unieważnionym postępowaniu 5/PNT/2022, z uwagi, iż treść zadanych pytań przez wykonawców oraz udzielonych odpowiedzi znacząco wpływała na zapisy Specyfikacji warunków zamówienia oraz na Opis przedmiotu zamówienia znacznie go modyfikując. Zamawiający w zestawie pytań i odpowiedzi udzielił także wyjaśnień organizacyjnych w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie musi zadawać ponownie pytań, **a udzielone odpowiedzi w pliku Załącznik nr 7 - Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022 są wiążące w obecnym postępowaniu.**”*

W związku z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią doszło do powstania w postępowaniu wady, która uniemożliwia złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty, albowiem treść odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 7 (tj. odpowiedzi na pytania zadane do SWZ w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022), w odniesieniu do kilku kwestii jest albo sprzeczna z odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego, pismem z dnia 23.09.2022 r., na pytania zadane przez Wykonawców do aktualnego SWZ w postępowaniu 5/PNT/2022-A, lub też odpowiedzi Zamawiającego zawartych w Załączniku nr 7 nie da się dopasować do aktualnego SWZ, gdyż stanowią one wyjaśnienie poprzedniego brzmienia SWZ. Wprowadzenie Załącznika nr 7 jako wiążącego w niniejszym postępowaniu doprowadziło do chaosu w treści SWZ i uniemożliwiło ustalenie wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, co odwołujący wykaże na konkretnych przykładach.

**Dowód:**

- Załącznik nr 7 do dokumentacji pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022
- pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. zawierające pytania Wykonawców do aktualnego SWZ i odpowiedzi Zamawiającego

#### **PRZYKŁADY:**

1. **W OPZ postępowania nr 5/PNT/2022-A** Zamawiający wymaga by krzesła K1, K2, K6, K7, K9, K11, K 12 – były wykonane z pianki trudno zapalnej.

**W odpowiedziach na pytania z dnia 23.09.2022 r. – post. nr 5/PNT/2022-A** w odpowiedzi na pytanie nr 1.29 i 1.32 Zamawiający wskazuje, że „*udzielone odpowiedzi w pliku Załącznik nr 7 - Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022 są wiążące w obecnym postępowaniu.*”

**W Załączniku nr 7** – Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022, w odpowiedzi na pytanie nr 3 do OPZ w brzmieniu obowiązującym w unieważnionym postępowaniu, Zamawiający doprecyzowuje, że piankę trudno zapalną mają posiadać tylko krzesła K1 i K2. Odpowiedź Zamawiającego zawarta w Załączniku nr 7 na pytanie nr 3 była podyktowana faktem, iż ówczesna wersja OPZ zawierała wymaganie pianki trudno zapalnej tylko w stosunku do krzesła K2.

**W związku z tym powstaje pytanie, które krzesła aktualnie mają posiadać piankę trudno zapalną?** Czy wszystkie wskazane w OPZ (czyli K1, K2, K6, K7, K9, K11, K 12), czy tylko K1 i K2, skoro oświadczenia Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 7 należy traktować jako wiążące?

Wyjaśnienie powyższej kwestii ma ogromne znaczenie dla sporządzenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. Wykonawcy muszą wiedzieć jakie są wymagania Zamawiającego dla każdego elementu przedmiotu zamówienia, a w tym przypadku intencje i oczekiwania Zamawiającego nie są jednoznaczne. Ponadto ma to wpływ na obliczenie ceny oferty, gdyż zastosowanie pianki trudno zapalnej jest czynnikiem niezwykle cenotwórczym, co zostanie szerzej omówione w późniejszej części odwołania. Należy przy tym wyjaśnić, iż w skład przedmiotu umowy wchodzi prawie 1000 krzeseł (ilość liczona wraz z zamówieniem opcjonalnym) w tym krzesła K1 i K2 – to ok. 750 szt., a pozostałe to ok. 240 szt. – co pokazuje skalę problemu.

2. **W SWZ postępowania nr 5/PNT/2022-A (pkt. 3.11)** Zamawiający wskazuje, że „*nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości **stołów i szaf**”*. W OPZ w Ogólnych minimalnych wymaganiach technologii mebli Zamawiający wskazuje, że „*nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości **biurek, stołów i szaf**”*.”

**W odpowiedziach na pytania z dnia 23.09.2022 r. – post. nr 5/PNT/2022-A** Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1.10 do OPZ wskazuje, że „*nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości **biurek, stołów i szaf**”*”. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 1.29 i 1.32 Zamawiający wskazuje, że „*udzielone odpowiedzi w pliku Załącznik nr 7 - Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022 są wiążące w obecnym postępowaniu.*”

**W Załączniku nr 7** – Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022, w odpowiedzi na pytanie nr 6 do OPZ w brzmieniu obowiązującym w unieważnionym postępowaniu, Zamawiający doprecyzowuje, że *nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości **stołów i szaf**”*.

**W związku z tym powstaje pytanie, czy Zamawiający dopuszcza zmianę szerokości i głębokości biurek czy też nie,** skoro oświadczenia Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 7 należy traktować jako wiążące?

Wyjaśnienie powyższej kwestii ma także i w tym przypadku ogromne znaczenie dla sporządzenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. Wykonawcy muszą wiedzieć jakie są wymagania Zamawiającego dla każdego elementu przedmiotu zamówienia, a w tym przypadku intencje i oczekiwania Zamawiającego nie są jednoznaczne. Także i w tym przypadku, możliwość bądź zastosowania tolerancji wymiarów biurek bądź też brak takiej możliwości może mieć wpływ na cenę oferty, a w skład przedmiotu umowy wchodzi ponad 320 biurek.

3. **W OPZ postępowania nr 5/PNT/2022-A** Zamawiający wskazał, że wkłady do kontenerów B7 i B8 powinny być wykonane w następujący sposób: „*Boki szuflad powinny być metalowe zawierające zintegrowaną prowadnicę rolkową. Dno i tył szuflady wykonany z płyty laminowanej*”.

**W odpowiedziach na pytania z dnia 23.09.2022 r. – post. nr 5/PNT/2022-A** Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1.14 do OPZ wskazuje, że „*dopuszcza wkłady szuflad wykonane z tworzywa lub metalowe*”. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 1.29 i 1.32 Zamawiający wskazał, że „*udzielone odpowiedzi w pliku Załącznik nr 7 - Zestaw pytań i odpowiedzi*”



*nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022 są wiążące w obecnym postępowaniu."*

**W Załączniku nr 7** – Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022, w odpowiedzi na pytanie nr 15 do OPZ w brzmieniu obowiązującym w unieważnionym postępowaniu, Zamawiający wskazuje: *„Boki szuflad powinny być metalowe zawierające zintegrowaną prowadnicę rolkową. Dno i tył szuflady wykonany z płyty laminowanej.”*

**W związku z tym powstaje pytanie, czy Zamawiający dopuszcza wykonanie szuflad z wkładami w całości metalowymi lub wkładami z tworzywa, czy też podtrzymuje żądanie wykonania wkładów szuflad z bokami metalowymi i dnem i tyłem szuflady wykonanymi z płyty laminowanej.**

Tak jak w przykładach nr 1 i 2 wyjaśnienie powyższej kwestii ma ogromne znaczenie dla sporządzenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. Wykonawcy muszą wiedzieć jakie są wymagania Zamawiającego dla każdego elementu przedmiotu zamówienia, a w tym przypadku intencje i oczekiwania Zamawiającego nie są jednoznaczne. Także i w tym przypadku, możliwość zastosowania wkładów z tworzywa lub metalowych, bądź też brak takiej możliwości może mieć wpływ na cenę oferty, a w skład przedmiotu umowy wchodzi ponad 300 kontenerów.

W zakresie powyższego zarzutu odwołujący wskazuje także na jeszcze jedną nieścisłość w dokumentacji postępowania. **W SWZ postępowania nr 5/PNT/2022-A (pkt. 3.11) oraz w OPZ** Zamawiający wskazuje, że *„dopuszcza tolerancję wymiarów mebli w zakresie +/- 5% ”*. W związku z tym odwołujący w trybie art. 135 ustawy Pzp zadał pytanie (pismo zawierające pytania do SWZ i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. - pytanie nr 1.10) jak należy interpretować zapisy dotyczące grubości płyt określonych jako „min. 25 mm” – czy Zamawiający dopuszcza płyty zgodnie z tolerancją +/- 5%, czyli od 23,75-26,25 mm, czy też wszystkie grubości powyżej określonego minimum, czyli np. 38 mm, 50 mm, 72 mm?

**W odpowiedziach na pytania z dnia 23.09.2022 r. – post. nr 5/PNT/2022-A** Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1.10 do OPZ wskazuje, że *„tolerancja dotyczy np. grubości profili stalowych, wymiarów kształtowników, grubości płyty. Zamawiający wymaga podanych w OPZ wymiarów. Tolerancja w zakresie płyty min. 25mm to +5%. Zamawiający oczekuje grubości nie mniejszej niż 25mm, ale również ze względów użytkowych i wizualnych nie dopuszcza znacznie grubszej. Zamawiający dopuszcza tolerancję wymiarów w zakresie +/- 5% zaznaczając jednocześnie, że nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości biurek, stołów i szaf.”* Jednocześnie, w ostatnim zdaniu odpowiedzi na w/w pytanie, Zamawiający konkluduje: ***„W zakresie grubości płyt dopuszcza płyty powyżej 25 mm.”*** Wobec takiej odpowiedzi także i w tym przypadku intencje i oczekiwania Zamawiającego nie są jednoznaczne, gdyż trudno stwierdzić z całą pewnością jakiej właściwie grubości płyty Zamawiający oczekuje. Oczywiście można by się domyślać, że Zamawiający oczekuje płyty o grubości nie mniejszej niż 25 mm i dopuszcza tolerancję w zakresie +5%, czyli do maksymalnej grubości wynoszącej 26,25 mm, jednakże biorąc pod uwagę zwłaszcza ostatnie zdanie odpowiedzi Zamawiającego, można odnieść inne wrażenie. Zdaniem odwołującego taki sposób opisywania przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, może wprowadzać w błąd, a ponadto wymusza na wykonawcach obowiązek domysławiania się intencji Zamawiającego, co zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Nie ulega wątpliwości, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególnie wymóg sporządzenia SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty. Dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza wymóg sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań, dotyczących przedmiotu zamówienia, tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje (vide: wyrok

KIO z dnia 17.01.2022, sygn. akt: KIO 3718/21). W niniejszym postępowaniu identyfikacja wymagań Zamawiającego nie jest możliwa, gdyż opisał on przedmiot zamówienia przy pomocy kilku sprzecznych i niespójnych ze sobą dokumentów, których treści nadał równorzędne znaczenie, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego jest to wada postępowania, która uniemożliwia złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty. Co więcej, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.04.2022 r., sygn. akt: KIO 909/22: *„dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Należy podkreślić, iż wadliwość powyższa mogłaby być usunięta np. poprzez usunięcie z dokumentacji postępowania Załącznika nr 7 lub poprzez zmianę wadliwej dokumentacji, usunięcie z niej sprzeczności i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i zgodny z przepisami ustawy Pzp. Niepodjęcie jednak przez Zamawiającego w/w czynności przed upływem terminu do składania ofert doprowadzi do sytuacji, w której wskazywana przez odwołującego wada SWZ, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, stanie się niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i będzie generowała obowiązek unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 16 i 17 ustawy Pzp.

## 2. Naruszenie 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w Załączniku nr 1A i 1B Opis przedmiotu zamówienia w zakresie obrzeży mebli oznaczonych symbolem B1, B4, B5, B6, B7, B8, B9, B9.1, B10, B11, S1, S1.A, S2, S3, S4 oraz wszystkich szaf i regałów, określił następujące wymagania: *„obrzeże ma zostać wykonane jako nakładane metodą bezspoinową poprzez wtapianie w płytę bez użycia kleju”*. Jednocześnie, w Załączniku nr 7 pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022 Zamawiający wyjaśnił, iż wskazanie w/w technologii wykonania obrzeży mebli ma zapewnić *„odpowiednią higieniczność w trakcie użytkowania oraz zwiększoną odporność na penetrację wilgoci np. podczas czyszczenia mebli”* oraz požądane przez Zamawiającego odpowiednie względy estetyczne (określane przez Zamawiającego w Załączniku nr 7 jako *„efekt wizualny”*). Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 135 ustawy Pzp o dopuszczenie także innych metod wykonania obrzeży mebli, pod warunkiem spełnienia określonych przez Zamawiającego wymagań (pismo zawierające pytania do SWZ i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. - pytanie nr 1.11). Odwołujący wyjaśnił jednocześnie, że określenie požądanej przez zamawiającego technologii wykonania obrzeży mebli jest zapisem ograniczającym równy dostęp do zamówienia, zawężając krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do tych, którzy posługują się w produkcji tak zwaną „bezspoinową” technologią nakładania obrzeża (co zresztą stanowi wyłącznie określenie o charakterze marketingowym, ponieważ – zgodnie z językową definicją – spoina to samo miejsce połączenia części składowych jakiejś całości, w związku z czym połączenie obrzeża z płytą spoinę mieć musi). Odwołujący wyjaśnił także, że na rynku dostępne są inne, szerzej dostępne technologie (np. technologia poliuretanowa), umożliwiające wykonanie obrzeża w sposób zapewniający *„odpowiednią higieniczność w trakcie użytkowania oraz zwiększoną odporność na penetrację wilgoci np. podczas czyszczenia mebli”* oraz požądany *„efekt wizualny”* mało widocznej spoiny. Wskazując na powyższe odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zastąpienie cytowanego zapisu dotyczącego obrzeży następującym: *„obrzeże ma zostać wykonane w sposób zapewniający mało widoczną spoinę, zwiększoną odporność na działanie wody, pary wodnej i temperatury oraz zwiększoną wytrzymałość na odrywanie”*.

Zamawiający jednak postanowił zachować dotychczasowy zapis OPZ, przy czym nie wyjaśnił przyczyn niedopuszczenia przez niego także innych metod wykonania obrzeży, które zdaniem odwołującego spełniają opisane przez Zamawiającego wymagania odpowiedniej higieniczności, odporności na działanie wody, pary wodnej i temperatury oraz zwiększoną wytrzymałość na odrywanie, a także efekt mało widocznej spoiny. Takie działanie, zdaniem odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia poprzez naruszenie zasad opisu przedmiotu zamówienia wyrażonych w art. 99 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi bowiem, że zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy przedmiotu zamówienia odnosząc się do określonego procesu, metody produkcji, jednakże **pod warunkiem**, że są one związane z przedmiotem

zamówienia oraz **proporcjonalne do jego wartości i celów**. Jednocześnie w ust. 4 cytowanego przepisu ustawodawca ustanowił zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (m.in. wyrok KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11). Zasada uczciwej konkurencji oznacza bowiem „konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurowania” (wyrok KIO z dnia 17.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2412/15).

Zgodnie z orzecznictwem KIO **zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań SWZ**, ponieważ *„ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego”* (vide: wyrok KIO z dnia 11.01.2011 r., sygn. akt: KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 25.01.2012 r., sygn. akt: KIO 91/12; wyrok KIO z dnia 18.12.2014 roku, sygn. akt: KIO 2559/14. W tym względzie, z orzecznictwa KIO wynika, że, co prawda, zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb, niemniej **nie jest to prawo nieograniczone**. KIO wskazuje, bowiem, że oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, **należy zawsze ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy – czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać**.

W odniesieniu do kwestii zawężania kręgu wykonawców poprzez nieadekwatny opis przedmiotu zamówienia, KIO stoi na stanowisku, że *„zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania”* (vide: wyrok KIO z dnia 14.07.2020 r., sygn. akt: KIO 1066/20; wyrok KIO z dnia 15.06.2020 r., sygn. akt: KIO 802/20). W niniejszym postępowaniu tak się jednak nie stało, gdyż Zamawiający wykluczył zastosowanie przez wykonawców innych niż wskazana przez niego metoda wykonania obrzeży mebli, nie przedstawiając ku temu żadnego racjonalnego, przekonującego wyjaśnienia. Nie można bowiem w tym kontekście tracić z pola widzenia treści art. 17 ustawy Pzp, który określa, iż Zamawiający ma udzielać zamówień w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, **uzasadnioną charakterem zamówienia**, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Należy także podkreślić, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14.02.2022 r., sygn. akt: KIO 248/22, **to nie głosowne twierdzenia o konieczności zachowania określonych standardów jakości, ale poszczególne parametry wynikające z opisu przedmiotu zamówienia muszą być uzasadnione, obiektywne i racjonalne**. Nabycie przedmiotu zamówienia spełniającego te potrzeby, nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, utrudniania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez odbieranie możliwości ubiegania się o zamówienie pozostałym wykonawcom. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą wprawdzie usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, ale nie może to prowadzić do sytuacji, gdy następuje to w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom.

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w innych wyrokach KIO, w których Izba komentuje przepis art. 29 ust. 2 (obecnie art. 99 ust. 4) wskazując, że *„w szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego”* (vide: wyrok KIO z dnia 07.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07 oraz sygn. akt: KIO/UZP 100/07).

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty oraz cel i potrzeby Zamawiającego określone w Załączniku nr 7 pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022, Zamawiający powinien usunąć z OPZ zapis wskazujący wyłącznie na tzw. bezspoinową technologię wykonania obrzeży i zastąpić go zapisem określającym właściwości lub parametry jakie mają spełnić oferowane przez wykonawców meble, tak by możliwe było zastosowanie także innych technologii wykonania obrzeży tych mebli, spełniających określone parametry i wymagania. Celem wykazania, iż także inne metody wykonania obrzeży meblowych spełniają wymagania Zamawiającego, określone w Załączniku nr 7 pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5-PNT-2022, odwołujący przedstawia zdjęcie obrzeża wykonanego w technologii poliuretanowej

(potwierdzające osiągnięcie pożądanego efektu wizualnego) oraz dwa atesty: odporności na odrywanie i odporności na działanie wody – dla płyt za zastosowaniem obrzeża wykonanego w technologii poliuretanowej (potwierdzające posiadanie przez obrzeże wykonane w tej technologii wymaganych cech funkcjonalnych).

**Dowód:**

- zdjęcie obrzeża wykonanego w technologii poliuretanowej
- atest odporności na odrywanie
- atest odporności na działanie wody

### 3. Naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w Załączniku nr 1A i 1B Opis przedmiotu zamówienia wymaga wykonania siedzisk z zastosowaniem *pianki o właściwościach trudno zapalnych*. Wymóg ten może być czynnikiem ograniczającym uczciwą konkurencję, gdyż tego typu rozwiązania są traktowane przez funkcjonujących na rynku producentów jako niestandardowe i dla większości wykonawców są wykonywane za znaczącą dopłatą. Odwołujący w trybie art. 135 ustawy Pzp (pismo zawierające pytania do SWZ i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. - pytanie nr 1.31) zwrócił uwagę Zamawiającego na powyższy fakt wyjaśniając, że konstrukcja SWZ, w której Zamawiający stawiając wymóg zastosowania dla szeregu siedzisk pianek trudno zapalnych, jako jedyne kryterium oceny ofert przyjmuje cenę, może powodować naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, poprzez spowodowanie konieczności zastosowania nadmiernych dopłat dla niektórych wykonawców chcących wziąć udział w prowadzonym postępowaniu, co w konsekwencji może prowadzić do uniemożliwienia im złożenia oferty, która mogłaby być konkurencyjna cenowo. Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego, że sam wymóg zastosowania akurat pianek o właściwościach trudno zapalnych nie ma żadnego uzasadnienia związanego z ewentualnymi kwestiami bezpieczeństwa pożarowego, ponieważ Zamawiający co do innych elementów wyposażenia (np. wszystkie płyty, z których wykonane są biurka, kontenery, szafy, stoły, siatki, z których wykonane są oparcia krzeseł, itd.) nie stawia żadnych wymagań w tym zakresie. Podnosząc powyższe argumenty odwołujący zwrócił się z wnioskiem o usunięcie przez Zamawiającego z dokumentacji postępowania w/w wymogu, w celu zapewnienia równego dostępu do zamówienia oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji. Wyjaśniając treść OPZ Zamawiający wskazał (odpowiedź na pytanie nr 1.31) jednak, że „*podtrzymuje ww. wymóg, który wynika z warunków ochrony przeciwpożarowej budynku*”. Zamawiający jednak nie określił o jakie konkretnie „*warunki ochrony przeciwpożarowej budynku*” chodzi, dlatego też odwołujący zwrócił się o opinię w tym zakresie do rzeczoznawcy do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych.

**Dowód:** opinia z dnia 29.09.2022 r. wydana przez rzeczoznawcę do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych

Z opinii tej wynika tymczasem, iż dla pomieszczeń biurowych (bo w takowych mają być zlokalizowane meble będące przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu) nie obowiązują żadne ustawowe wymagania przeciwpożarowe odnoszące się do mebli i krzeseł biurowych, stanowiących ich wyposażenie ruchome. Sam Zamawiający zdaje się to potwierdzać, nie stawiając żadnych wymagań dotyczących trudnopalności innym elementom wyposażenia, czy też innym materiałom, z których wykonane ma być oferowane wyposażenie jak np. siatki w oparciach krzeseł czy płyty, z których wykonane są biurka, kontenery, szafy, stoły, itp. Dlatego odwołujący podtrzymuje twierdzenie, iż stawiany przez Zamawiającego wymóg zastosowania materiałów trudno zapalnych akurat w postaci pianek w siedziskach jest nieuzasadniony, a nadto zachodzi wątpliwość czy wymóg ten nie został wprowadzony celem uprzywilejowania konkretnego wykonawcy, dla którego dostęp do krzeseł, w których stosuje się pianki trudno zapalne, może nie wiązać się z dodatkowymi kosztami. Taki zabieg bowiem, z pozoru nakierowany wyłącznie na spełnienie jakichś wymagań, w rzeczywistości stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom złożenie konkurencyjnej cenowo oferty. A zatem nie tyle uniemożliwia im udział w postępowaniu, co z góry wyklucza możliwość uzyskania zamówienia, gdyż nie będą oni w stanie, nawet w przybliżeniu, osiągnąć takiego pułapu cenowego oferowanych mebli, jak wykonawca mający dostęp do krzeseł, w których stosuje się pianki trudno zapalne, bez konieczności ponoszenia dodatkowych



kosztów (przypomnieć w tym miejscu należy, że mamy do czynienia z ilością łącznie około 1000 siedzisk).

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza „zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. **Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku**, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie” – czy w sposób bezpośredni czy też pośredni, jak w niniejszym postępowaniu (vide: wyrok KIO z dnia 01.02.2022 r. sygn. akt: KIO 126/22).

Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ust. Pzp **wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia**. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, **który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji** (vide: m.in. wyrok KIO z dnia 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11).

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty oraz brak określenia usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego opartych na konkretnych warunkach przeciwpożarowych, Zamawiający powinien usunąć z OPZ wymóg zastosowania w siedziskach pianki trudno zapalnej.

#### 4. Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4

W zakresie rozważań zawartych powyżej odwołujący zwraca uwagę na inny, niczym nieuzasadniony oraz pozbawiony cech obiektywizmu i racjonalności wymóg (lub raczej zakaz) stawiany przez Zamawiającego w OPZ, który jednak narusza nie tylko przepis art. 99 ust. 4, ale i art. 99 ust. 1 (z uwagi na wprowadzającą wątpliwości interpretacyjne konstrukcję wyjaśnień Zamawiającego zawarty w odpowiedziach na pytania wykonawców). Otóż Zamawiający w OPZ wymaga, aby „w celu potwierdzenia spełnienia podanych w OPZ wymogów do każdego mebla przedstawić minimum jedną, osobną kartę katalogową (formatu minimum A4), na której będzie przedstawiony proponowany mebel. Karta katalogowa musi zawierać nazwę mebla lub nazwę użytego systemu meblowego, nazwę producenta mebla, **rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla** (rozmiar zdjęcia pozwalający dostrzec szczegóły – optymalnie rozmiar zdjęcia A5), wymiary oraz szczegóły techniczne mebla pozwalające zweryfikować czy proponowany mebel spełnia wymagania projektu. **Zamawiający nie dopuszcza kopiowania rysunków i/lub zdjęć z poniższego opisu** – wymaga się przedstawienia zdjęć i/lub rysunków faktycznie oferowanych mebli w celu weryfikacji czy oferta spełnia wymagania”. Odwołujący zwrócił się więc z zapytaniem, z jakiego powodu Zamawiający nie dopuszcza kopiowania rysunków i zdjęć z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał jednocześnie, że zamieszczone w OPZ rysunki są materiałami udostępnianymi przez producentów mebli i krzeseł (pismo zawierające pytania do SWZ i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. - pytanie nr 1.9). Na tak zadane pytanie Zamawiający wyjaśnił, że „wymaga by w karcie katalogowej oferent przedstawił **zdjęcia katalogowe oferowanych mebli**. Zdjęcia są ogólnodostępne na stronach producentów mebli. Należy dostarczyć kompletną kartę katalogową danego producenta”. Jednocześnie Zamawiający odpowiedział, że „podtrzymuje wymóg OPZ”.

W związku z tym po pierwsze powstaje pytanie, **czy Zamawiający** udzielił odpowiedzi na pytanie nr 1.9 modyfikuje postanowienia OPZ w ten sposób, że **wymaga w każdym przypadku karty katalogowej zawierającej zdjęcie** oferowanego mebla? Czy też podtrzymuje zapisy OPZ, w których wskazał, że **karta katalogowa ma zawierać „rysunek lub zdjęcie proponowanego mebla”**?

Po drugie, jeśli Zamawiający podtrzymuje zapisy OPZ i wymaga kart katalogowych zawierających rysunek lub zdjęcie z katalogów producentów, a zamieszczone w OPZ rysunki i zdjęcia są rysunkami/zdjęciami udostępnianymi przez producentów, to zakaz kopiowania tych rysunków i zdjęć jest wymogiem niezrozumiałym, nieposiadającym żadnego uzasadnienia i nieproporcjonalnym do potrzeb Zamawiającego. Nie sposób bowiem nawet domyślać się jaki cel Zamawiający chciałby uzyskać wprowadzeniem takiego zakazu. W tym zakresie odwołujący przywołuje całość argumentacji i poglądów orzecznictwa wskazanych w punktach powyżej, uzasadniając tym samym wniosek o zobowiązanie

Zamawiającego do zmiany OPZ poprzez jednoznaczne określenie czego Zamawiający wymaga jeśli chodzi o zawartość karty katalogowej oraz poprzez usunięcie z OPZ zakazu kopiowania rysunków i/lub zdjęć tam zamieszczonych.

**Wskazując na powyższe odwołanie należy uznać za w pełni uzasadnione i na tej podstawie odwołujący wnosi jak w petitum.**

**Odpis niniejszego pisma przesłano Zamawiającemu.**

**Załączniki:**

- potwierdzenie przesłania kopii odwołania do Zamawiającego;
- potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł;
- odpis z KRS odwołującego;
- pełnomocnictwo upoważniające do reprezentacji odwołującego wraz z opłatą skarbową;
- Załącznik nr 7 do dokumentacji pn. Zestaw pytań i odpowiedzi nieopublikowanych w unieważnionym postępowaniu nr 5/PNT/2022;
- pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2022 r. zawierające pytania wykonawców do aktualnego SWZ i odpowiedzi Zamawiającego;
- zdjęcie obrzeża wykonanego w technologii poliuretanowej;
- atest odporności na odrywanie;
- atest odporności na działanie wody;
- opinia z dnia 29.09.2022 r. wydana przez rzeczoznawcę do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych;