

Sygn. akt: KIO/KD 74/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 grudnia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych pismem z dnia 12 listopada 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Morąski Dom Kultury
Ul. Mickiewicza 19
14-300 Morąg

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 października 2019 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż foteli do sali widowiskowej Morąskiego Domu Kultury w Morągu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

- a. zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w zakresie naruszenia dotyczącego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp polegającego na zaniechaniu dokonania zmian w treści wzoru formularza oferty oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w związku z modyfikacją parametrów foteli w drodze odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ,
- b. w pozostałym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Morąski Dom Kultury w Morągu - przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę i montaż foteli do sali widowiskowej Morąskiego Domu Kultury w Morągu. Wartość zamówienia publicznego została oszacowana na kwotę 270 176,06zł, a ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2018r. pod nr 508947-N-2018.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ oferty wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o.o., który nie przedłożył badania akustycznego wg EN ISO 354-2004 dla oferowanego fotela, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmian w treści wzoru formularza oferty oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w związku z modyfikacją parametrów foteli w drodze odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, co prowadziło do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny.
3. art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez określenie kwoty wadium w wysokości przekraczającej 3% wartości zamówienia,

W zakresie naruszenia 1 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na postanowienia Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby fotele bez widzów posiadały klasę akustyczną C, przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,75$, natomiast fotele z widzami klasę akustyczną A - Ważony współczynnik pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,95$.

W odpowiedzi na pytanie nr 12 dotyczące treści SIWZ, udzielonej w dniu 31 stycznia 2018 r., Zamawiający dopuścił również klasę akustyczną B przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,85$ dla foteli z widzami.

Jednocześnie Zamawiający w § III pkt 12 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz w załączniku nr 7 SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) wymagał, aby oferowane fotele posiadał m.in. „badanie akustyczne wg EN ISO 354-2004 – umożliwiające identyfikację z oferowanym fotelom.

Wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. w złożonej przez siebie ofercie zaoferował fotel pod nazwą modelu OLIMP, występujący (zgodnie z treścią formularza oferty) w trzech wersjach: fotel 1 osobowy (w liczbie 291 szt.) o wymiarach 54 cm x 102 cm x 45 cm (rozstaw osiowy x wysokość x głębokość po złożeniu), fotel 1 osobowy mający dodatkowo uchwyt na kubek zintegrowany z podłokietnikami (w liczbie 25 szt.) o wymiarach 56 cm x 102 cm x 65 cm oraz fotel 1 osobowy dodatkowo wyposażony w mechanizm pozwalający na szybkie wypięcie z podłogi (w liczbie 5 szt.) o wymiarach 54 cm x 102 cm x 45 cm.

Jak wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, do ww. oferty Wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. załączył (str. 20-33 oferty) kopię dokumentu wydanego przez Akademię Górniczo - Hutniczą w Krakowie, Wydział Inżynierii Mechanicznej i Robotyki, Katedra Mechaniki i Wibroakustyki, zatytułowanego „Pomiar współczynnika pochłaniania dźwięku foteli kinowo konferencyjnych Multiplex/Olimp”. W treści tego dokumentu jako producent fotela została wskazana firma Martela Sp. z o.o., a nie firma MEGAN SEATING Sp. z o.o., zaś wymiary fotela podane w opisie badanej próbki różnią się od wymiarów wskazanych w formularzu ofertowym oraz w kartach katalogowych foteli załączonych do oferty (wymiar foteli wskazanych w ofercie to 54 cm x 102 cm x 45 cm oraz 56 cm x 102 cm x 65 cm, natomiast zgodnie z informacją podaną na str. 5 oraz 11-14 badania akustycznego wymiary badanego fotela to 550 mm x 550 mm x 1020 mm). Z uwagi na powyższe rozbieżności Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2018 r. skierował do wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o. o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 wezwanie następującej treści:

W sprawozdaniu z badań akustycznych str. 24 oferty jest napisane, iż producentem jest firma Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...), a nie firma Megan Seating. Ponadto w tymże sprawozdaniu wymiary fotela to 550x550x1020. W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie rozbieżności i wątpliwości, ewentualnie przesłanie certyfikatu z podaniem nazw oferowanych foteli i producenta zgodnie z treścią złożonej przez Państwa oferty (...).

Wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie wraz z pismem z dnia 12 lutego 2018 r. przedłożył ponownie opracowanie Akademii Górniczo-

Hutniczej w Krakowie nr LAT/04/2013, w którego treści na str. 5 oraz 11 jako producenta badanego fotela wskazano - oprócz firmy Martela Sp. z o.o. - również firmę MEGAN SEATING Sp. z o.o. Równocześnie zgodnie z opisem badanej próbki zamieszczonym na stronie 5 badania, uzupełniony przez Wykonawcę dokument dotyczył fotela kinowo – konferencyjnego Multiplex/Olimp o wymiarach elementów 550 x 550 x 1020 mm, co odbiegało od wymiarów foteli wskazanych formularzu ofertowym oraz kartach katalogowych załączonych do oferty ww. Wykonawcy.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. nie odniósł się również do kwestii różnic w wymiarach fotela wskazanego w ofercie i temu podanemu badaniu akustycznemu. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do oświadczenia: *Przesłane Badanie akustyczne w pełni spełnia wymagania opisane w Załączniku nr 7 – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w którym Zamawiający wymagał dostarczenia badań akustycznych wg EN-ISO 354:2004 umożliwiające identyfikację z oferowanym fotelem.*

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że model fotela który był poddany badaniom akustycznym w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, nie był tym samym modelem fotela, który został zaoferowany przez wykonawcę MEGAN SEATING Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazują na to różnice w budowie (wymiary) fotela poddanego badaniu oraz foteli zaoferowanych (dotyczące osłony siedziska oraz wymiarów foteli). Rozbieżności dotyczące wymiarów foteli poddanych badaniu akustycznemu oraz foteli wskazanych w ofercie wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o.o. wynikają bezpośrednio z treści przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów. Zwrócono także uwagę, że w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości związanych z rodzajem fotela poddanego w 2013 r. badaniu akustycznemu, w tym również w kontekście różnic w wymiarach fotela poddanego temu badaniu oraz foteli wskazanych w ofercie. Jednakże w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. wskazał jedynie, że firma Martela Sp. z o.o. (widniejąca w dokumencie nr LAT/04/2013 jako producent fotela poddanego badaniu) posiadała prawo do dalszej odsprzedaży fotela OLIMP pod swoją handlową nazwą MULTIPLEX, nie odnosząc się w ogóle do kwestii różnic w wymiarach foteli, które podlegały badaniu oraz foteli zaoferowanych. Powyższego wyjaśnienia nie można zatem uznać za wystarczające do uznania, że wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. załączył do oferty - zgodnie z treścią § III pkt 12 SIWZ oraz załącznika nr 7 do SIWZ badanie akustyczne wg EN ISO 354-2004 - umożliwiające identyfikację z oferowanym fotelem.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał się na odpowiedź, jaką uzyskał w toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wszczęcie kontroli, od Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki Akademii Górniczo - Hutniczej, w której wskazano, że przedstawione w ofercie MEGAN SEATING Sp. z o.o. dwie karty techniczne foteli kinowych OLIMP przedstawiają fotele o podobnej budowie do tych, które były badane w laboratorium AGH w dniu 17 maja 2013 r., lecz ze względu na szczegóły wyposażenia powierzchni, wymagają oddzielnych badań akustycznych. W ww. piśmie wskazano, że przedstawione karty techniczne dołączone do oferty MEGAN SEATING Sp. z o.o. dotyczyły fotela OLIMP (podłokietniki z uchwytem na kubek) o wymiarach 560 x 650 x 1020 mm (rozstaw x głębokość x wysokość), z perforowaną osłoną siedziska oraz fotela OLIMP (podłokietnik klasyczny) o wymiarach 540 x 450 x 1020 mm, z perforowaną osłoną siedziska. W piśmie zaznaczono, że w raporcie AGH z dnia 17 maja 2013r. „Pomiar współczynnika pochłaniania dźwięku foteli kinowo konferencyjnych Multiplex/Olimp” zawarte są wyniki dla modelu MULTIPLEX/OLIMP o wymiarach 550 x 550 x 1020 mm (rozstaw x głębokość x wysokość), ale bez osłony siedziska. W badanym modelu spódnia część siedziska była pokryta tkaniną tapicerską. W związku z powyższym w piśmie wskazano, że fotele przedstawione w kartach katalogowych i fotele zbadane wg raportu LAT/04/2013 wykazują różnice w budowie, które istotnie wpływają na ich właściwości dźwiękochłonne.

W zakresie naruszenia 2 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że zgodnie z treścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby fotele bez widzów posiadały klasę akustyczną C, przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,75$, natomiast fotele z widzami klasę akustyczną A - Ważony współczynnik pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,95$. Zamawiający zastrzegł także, że nie dopuszcza, „podłokietników wykonanych z drewna i poliuretanu”, określając, że podłokietniki powinny być wykonane z polipropylenu”.

Treść tych wymagań została zawarta także we wzorze formularza oferty, w którym Zamawiający zawarł także zapis że: „dopuszcza składanie ofert równoważnych obejmujących urządzenia o parametrach i funkcjach technicznych nie gorszych niż określone. Podane poniżej parametry i funkcje techniczne należy traktować jako wymagania minimalne.

W formularzu cenowym należy podać opis szczegółowy proponowanego fotela, w przypadku spełnienia minimalnych wymagań należy wpisać regułą **ZGODNIE Z WYMAGANIAMI ZAMAWIAJĄCEGO**, a w przypadku gdy Wykonawca proponuje fotel o parametrach lub funkcjach technicznych lepszych **BĄDŹ RÓWNOWAŻNYCH** niż wymagane, należy **JE WYSZCZEGÓLNIĆ**.”

Na pytania jednego z wykonawców o treści:

„(...) Czy Zamawiający dopuszcza, aby fotele posiadały klasę akustyczną B (lepszą), przy współczynniku pochłaniania dźwięku, $\alpha_w = 0,80$ dla foteli bez widzów oraz klasę akustyczną B, przy współczynniku pochłaniania dźwięku, $\alpha_w = 0,85$ dla foteli z widzami?”,

a także

„Zamawiający wymaga aby podłokietniki foteli wykonane były z polipropylenu. 99% producentów foteli kinowych stosuje do produkcji podłokietników poliuretan, który jest materiałem droższym niż polipropylen, ale posiada lepsze parametry wytrzymałościowe i jest bardziej komfortowy w użyciu. Firmą która stosuje podłokietnik z PP jest oczywiście Ascender, który dystrybuje firma Cavea Design sp. z o.o. z Krakowa. Opis podłokietnika wykonanego z PP eliminuje lwią część producentów, którzy nie patrzą na niższy koszt wykonania podłokietnika z PP a wyłącznie na komfort użytkowania, stosując droższy Poliuretan.

Czy Zamawiający dopuszcza podłokietniki wykonane z integralnej pianki poliuretanowej (PU), z widoczną strukturą w kolorze czarnym, o szerokości zmiennej: 6-9 cm o dużej wytrzymałości i o dużo lepszym komforcie użytkowania od podłokietników wykonanych z PP?”

Zamawiający, pismem z dnia 31 stycznia 2018 r. udzielił na obydwa pytania następującej odpowiedzi:

„Zamawiający dopuszcza powyższe rozwiązania zgodnie z treścią formularza ofertowego, natomiast Wykonawca zawsze może określić własne rozwiązania zgodnie z zasadą równoważności opisaną w sposób przejrzysty w SIWZ i opisać je w formularzu ofertowym.”

Jednocześnie z przesłanej do Urzędu dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie dokonał zmian w zakresie wynikającym z udzielonej odpowiedzi w treści wzoru formularza ofertowego oraz załącznika nr 7 do SIWZ (SOPZ).

W udzielonych w toku kontroli wyjaśnieniach, Zamawiający podał, że zgodził się na zmianę klasy akustycznej foteli, aby nie utrudniać uczciwej konkurencji oraz umożliwić szerszemu gronu wykonawców złożenie oferty. Zamawiający poinformował, że zamieścił treść odpowiedzi na stronie internetowej, a także dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany terminu składania ofert, jednakże omyłkowo nie dokonał zmian w treści formularza ofertowego uwzględniając treść udzielonej odpowiedzi, co wynika także z przekazanej dokumentacji.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdził, że w związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 12 dotyczącą treści SIWZ z dnia 31 stycznia 2018r. Zamawiający dokonał

faktycznej modyfikacji w zakresie parametru dotyczącego materiału z jakiego ma być wykonany podłokietnik fotela, jak również wymagań w zakresie parametrów akustycznych foteli, jednocześnie nie dokonując w ślad za tym zmiany treści formularza ofertowego oraz załącznika nr 7 do SIWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w ww. zakresie, w tym modyfikacji wymagania dotyczącego foteli z widzami, polegającej na dopuszczeniu w odniesieniu do nich klasy akustycznej B przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_W=0,85$.

Kontrolujący zwrócił także uwagę, że w piśmie z dnia 31 stycznia 2018r. Zamawiający zastrzegł, że *„Uzupełnienie treści SIWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowi integralną część SIWZ i jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o przedmiotowego zamówienia oraz zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2018 r. na stronie internetowej <http://um-morag.pl/mdk/>, tj. na stronie internetowej Zamawiającego, na której opublikowane jest ogłoszenie o przetargu oraz SIWZ.*

Niezależnie od powyższego, pomimo uczynienia przez Zamawiającego zadość obowiązkowi odpowiedzi na pytanie wykonawcy oraz opublikowaniu – zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp – treści udzielonej odpowiedzi na to pytanie, zaniechanie dokonania wynikającej z udzielonej odpowiedzi zmiany treści SIWZ w zakresie formularza ofertowego oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, zdaniem Kontrolującego, spowodowało niejednoznaczność i niedokładność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego materiału za jakiego miały być wykonane podłokietniki oraz parametrów akustycznych (współczynnika pochłaniania dźwięku α_W) dla oferowanych foteli, z następujących powodów.

Po pierwsze, Zamawiający w treści udzielonej na pytanie nr 12 nie odpowiedział wprost i w sposób jednoznaczny na pytanie, czy dopuszcza w odniesieniu do oferowanych foteli klasę akustyczną B, np. poprzez odpowiedź „TAK” lub „Zamawiający dopuszcza aby fotele posiadały klasę akustyczną B przy współczynniku pochłaniania dźwięku, $\alpha_W = 0,80$ dla foteli bez widzów oraz klasę akustyczną B, przy współczynniku pochłaniania dźwięku, $\alpha_W = 0,85$ dla foteli z widzami”. Analogicznie należy ocenić odpowiedź na pytanie nr 13 dotyczące materiału podłokietnika.

Zdaniem Kontrolującego, z odpowiedzi Zamawiającego nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, czy Zamawiający w istocie odpowiedział twierdząco na ww. pytania, czy dopuszcza podłokietniki wykonane z pianki poliuretanowej, czy też dopuszcza dla oferowanych foteli klasę akustyczną B. Odpowiedź nie zawiera bowiem żadnej konkretnej informacji, odsyłając jedynie w tym zakresie do postanowień formularza ofertowego. Zmiana

treści SIWZ w zakresie przedmiotowych postanowień formularza ofertowego oraz SOPZ mogłaby więc tego rodzaju wątpliwości skutecznie wyeliminować.

Po drugie zaś, przyjmując – zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego że cytowana wyżej odpowiedź Zamawiającego oznaczała dopuszczenie klasy akustycznej B w odniesieniu do foteli z widzami, uwzględnienie powyższej zmiany w treści formularza oferty oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia było nadal uzasadnione, ponieważ stanowiła ona modyfikację zarówno wymagań w zakresie parametrów akustycznych określonych w SIWZ, jak również odstępstwo od obowiązku zapewnienia „równoważności” oferowanych rozwiązań w sposób wynikający z treści cytowanego wyżej zapisu formularza oferty w tym zakresie (trudno bowiem uznać, że dopuszczona przez Zamawiającego klasa akustyczna B w odniesieniu do parametru dotyczącego foteli z widzami jest równoważna czyli „nie gorsza” niż wymagana przez Zamawiającego co do zasady, jako parametr o charakterze minimalnym - klasa A). W celu uniknięcia sprzeczności pomiędzy treścią odpowiedzi na pytanie nr 12 (dopuszczającą w odniesieniu do foteli z widzami fotel o klasie akustycznej „gorszej” aniżeli wskazana w formularzu oferty i SOPZ) a treścią zapisu formularza oferty dotyczącego równoważności oferowanych rozwiązań, należało zatem zmienić treść formularza oferty i SOPZ zgodnie z udzieloną na pytanie nr 12 odpowiedzią. Analogicznie jest w przypadku pytania nr 13.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że wykazane naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W zakresie naruszenia nr 3, Prezes Urzędu wskazał, że kwota wadium w wysokości 10 000zł określona przez Zamawiającego stanowiła 3,70% szacunkowej wartości zamówienia (270 176,07zł). Tym samym naruszono art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, który określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Jednocześnie wskazano, że ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W dniu 12 listopada 2019r. Zamawiający wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Nie zgadzając się z naruszeniami, przedstawionymi w wyniku kontroli Zamawiający stwierdził, że przez dopuszczenie foteli posiadających klasę akustyczną B, przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,85$ dla foteli z widzami, dokonał rozszerzenia wymagań dotyczących właściwości akustycznych oferowanych foteli w konsekwencji odpowiedzi na pytanie nr 12 dotyczące treści SIWZ, udzielonej w dniu 31 stycznia 2018r. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia jako punkt odniesienia przyjął fotel Ascender-mod. Baco oferowany przez Cave'a Design z Krakowa. Jednocześnie dopuścił rozwiązania równoważne lub lepsze. Nie zgadzając się ze

stanowiskiem Kontrolującego, iż zaniechał odrzucenia oferty MEGAN SEATING sp. z o.o., który nie przedłożył badania akustycznego wg EN ISO 354-2004 dla oferowanego fotela, Zamawiający wyjaśnił, że być może nie wystarczająco precyzyjnie wyraził wolę w treści Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, ale jak wynika ze złożonych ofert wszyscy wykonawcy w przetargu złożyli do oferty badania akustycznej swoich foteli bazowych w postaci jednego atestu. Żadna z ofert nie została odrzucona, Zamawiający dopuścił do oceny wszystkich wykonawców, mimo, że firmy nie przedstawiły trzech różnych wyników badań akustycznych oferowanych foteli. Wynikało to z troski Zamawiającego o pozytywne zakończenie postępowania i zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W zakresie naruszenia 2 Zamawiający wskazał, że formularz ofertowy nie został zaktualizowany treścią odpowiedzi, która została udzielona, jednak treść odpowiedzi została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego, zmieniono ogłoszenie o zamówieniu wydłużając datę składania i otwarcia ofert, w tym publikując wszystkie powyższe dokumenty na stronie Zamawiającego. Niezmieniona treść formularza ofertowego z uwagi na powzięte przez Zamawiającego czynności nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Zamawiający działał w sposób zachowujący zasadę jawności. Zamawiający zastrzegł, w piśmie zawierającym odpowiedzi na zapytania, że uzupełnienia treści SIWZ wprowadzone pismem stanowi integralną część SIWZ i jest wiążąca dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, pismem z dnia 27 listopada 2019r. poinformował, że nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli:

- a. zasługują na uwzględnienie w części odnoszącej się do naruszenia z pkt 2**
- b. nie zasługują na uwzględnienie w części odnoszącej się do naruszenia z pkt 1 i 3**

Ustalenia faktyczne w zakresie stwierdzonych w toku kontroli naruszeń, dokonane w Informacji o wyniku kontroli z dnia 31 października 2019r. są prawidłowe i nie wymagają uzupełnienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Kontrolującego co do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmian w treści

wzoru formularza oferty oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w związku z modyfikacją parametrów foteli w drodze odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, co prowadziło do opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiadając na pytania jednego z wykonawców o:

- możliwość dopuszczenia foteli posiadających klasą akustyczną B (lepszą od wymaganej w SIWZ) przy współczynniku pochłaniania dźwięku $\alpha_w = 0,80$ dla foteli bez widzów oraz klasę akustyczną B, przy współczynniku pochłaniania dźwięku, $\alpha_w = 0,85$ dla foteli z widzami,
- możliwość wykonania podłokietników z integralnej pianki poliuretanowej (PU) o parametrach lepszych niż wymagany przez Zamawiającego podłokietniki z polipropylenu stwierdził, że „dopuszcza powyższe rozwiązania zgodnie z treścią formularza ofertowego, natomiast Wykonawca zawsze może określić własne rozwiązania zgodnie z zasadą równoważności opisaną w sposób przejrzysty w SIWZ i opisać je w formularzu ofertowym”.

Jakkolwiek ww. odpowiedź nie była odpowiedzią precyzyjną, to jednak zdaniem Izby, Zamawiający potwierdził w niej, że „dopuszcza powyższe rozwiązania” i odesłał do treści formularza ofertowego, w którym przewidział możliwość i zasady złożenia ofert równoważnych. Udzielona odpowiedź była zatem stanowcza i twierdząca i nie budzi wątpliwości, że Zamawiający zaakceptował oba rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę zarówno w zakresie klasy akustycznej jak i materiału, z jakiego mają być wykonane podłokietniki. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odpowiedź Zamawiającego należy odczytywać jako dopuszczenie rozwiązań, o które pytał wykonawca z jednoczesnym zachowaniem wymagań jak w przypadku złożenia ofert równoważnych tj. podania proponowanych parametrów i funkcji w treści formularza oferty.

Zauważyć należy, że w treści udzielonej odpowiedzi z dnia 31 stycznia 2018r. zawarto stwierdzenie, że: *„Uzupełnienie treści SIWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowi integralną część SIWZ i jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o przedmiotowego zamówienia oraz zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2018 r. na stronie internetowej <http://um-morag.pl/mdk/>, tj. na stronie internetowej Zamawiającego, na której opublikowane jest ogłoszenie o przetargu oraz SIWZ”*. Oznacza to, że Zamawiający nie traktował udzielonej odpowiedzi jako modyfikację SIWZ tylko jej uzupełnienie polegające na dopuszczeniu obok rozwiązań pierwotnych także rozwiązań, o które pytał wykonawca. Z treści ww. sformułowania wynika także jasno, że udzielona odpowiedź stanowi integralną część SIWZ i jest wiążąca dla wykonawców, bez konieczności dokonywania zmian w jej treści.

Przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku wprowadzenia do SIWZ zmian, dokonanych na skutek pytań skierowanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiążą wykonawców, bez konieczności ich formalnego wprowadzenia do treści SIWZ. Oczywiście z punktu widzenia przejrzystości postępowania i uniknięcia ewentualnych błędów w składanych ofertach wzorcowym i wysoce starannym byłoby wprowadzanie wszelkich zmian następujących na skutek udzielonych odpowiedzi na bieżąco w treści dokumentacji postępowania. Jednak brak takiego działania ze strony Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, który zdaniem Kontrolującego został naruszony, kreuje jedynie uprawnienie dla Zamawiającego do dokonania przed upływem terminu składania ofert zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagając aby dokonana zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnił na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej.

Nie można podzielić także stanowiska Kontrolującego, że na skutek braku wprowadzenia zmian do treści SIWZ doszło do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny przez co naruszono art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na pytanie dopuścił proponowane przez wykonawcę rozwiązania, odsyłając w tym zakresie do zasad obowiązujących jak w przypadku złożenia oferty równoważnej. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego jego intencją, być może niezbyt klarownie wyrażoną, było dopuszczenie tych rozwiązań i rozszerzenie konkurencji. Nie można twierdzić, że udzielona odpowiedź wprowadziła niejednoznaczność w opisie przedmiotu zamówienia, skoro *de facto* dopuszczono także inne parametry w zakresie klasy akustycznej oraz materiału, z jakiego mają być wykonane podłokietniki. Odpowiedź ta nie budziła także wątpliwości wykonawców, którzy złożyli oferty z różnymi, dopuszczonymi przez Zamawiającego rozwiązaniami.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ oferty wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o.o., który nie przedłożył badania akustycznego wg EN ISO 354-2004 dla oferowanego fotela, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał, aby fotele posiadały m.in. badania akustyczne wg EN ISO 354-2004 – umożliwiające identyfikację z oferowanym fotelem.

Badanie akustyczne, jakie przedłożył wykonawca Mega Seating Sp. z o.o. nie dotyczyło żadnego z wariantów modelu fotela, zaproponowanego w ofercie, tylko fotela podobnego. Fotel poddany badaniu nie posiadał takich samych cech istotnych z punktu widzenia oceny spełniania określonych w SIWZ wymagań w zakresie parametrów akustycznych - różnice dotyczyły wymiarów oraz osłony siedziska. Okoliczności te zostały potwierdzone w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019r. Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki AGH, gdzie wskazano wprost, że fotele przedstawione w kartach katalogowych i fotele zbadane wg raportu LAT/04/2013 wykazują różnice w budowie, które istotnie wpływają na ich właściwości dźwiękochłonne.

Z treści złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń wynika, że Zamawiający po otwarciu ofert zorientował się, że złożone przez wykonawców badania akustyczne dotyczą podstawowych (standardowych) modeli foteli a nie foteli oferowanych w tym postępowaniu. Jednak z uwagi na dążenie do zakończenia postępowania i zachowanie uczciwej konkurencji, zdecydował, że mimo, iż wykonawcy nie przedstawili badań akustycznych dla oferowanych modeli fotela dokona wyboru oferty najkorzystniejszej i nie odrzuci żadnej z ofert. Takie działanie Zamawiającego stanowi przejaw niedopuszczalnej zmiany wymagań określonych w SIWZ w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, już po złożeniu ofert. Oferty wykonawców winny być oceniane zgodnie z pierwotnie określonymi warunkami a każde odstępstwo od ustalonych wcześniej wymagań stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości związanych z rodzajem fotela poddanego w 2013 r. badaniu akustycznemu, w tym również w kontekście różnic w wymiarach fotela poddanego temu badaniu oraz foteli wskazanych w ofercie, jednak nie odniósł się do kwestii różnic w wymiarach foteli, które podlegały badaniu oraz foteli zaoferowanych. Z tych względów, z uwagi na wyczerpanie trybu wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, zachodziła przesłanka do odrzucenia oferty MEGAN SEATING Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ.

W zakresie naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez określenie kwoty wadium w wysokości przekraczającej 3% wartości zamówienia, Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń. Izba podzieliła stanowisko Kontrującego co do zaistniałego naruszenia, wskazując jednocześnie że ma ono charakter formalny i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

