

KND/28/19/DKZP

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

#### **I. Określenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem postępowania wyjaśniającego.**

<b>Zamawiający:</b>	Morąski Dom Kultury w Morągu ul. A. Mickiewicza 19 14-300 Morąg
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawy
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	dostawa i montaż foteli do sali widowiskowej Morąskiego Domu Kultury w Morągu (znak postępowania: MDK.271.1.2018)
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	270 176,06 zł (62 661,15 euro)
<b>Data udzielenia zamówienia:</b>	26 lutego 2018 r.
<b>Wszczęcie kontroli:</b>	30 maja 2019 r.

#### **II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

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 zarzuca 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 opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny.
3. art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez określenie kwoty wadium w wysokości przekraczającej 3% wartości zamówienia,

#### Ad 1.

Zamawiający, zgodnie z treścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, 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 fotelem.”<sup>1</sup>

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

---

<sup>1</sup> Kom. przedmiotowy wymóg zawarty był również w pkt II.4 oraz II.5 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP z dnia 25 stycznia 2018 r. pod numerem 5085947-N-2018.

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”.<sup>2</sup> 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 (wymiarów 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*

---

<sup>2</sup> nr dokumentu: LAT/04/2013, nr umowy – 5.5.130.688, zleceniodawca – firma Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

*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.*

Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania, Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające i potwierdzające spełnienie przez oferowane fotele wymagań odnoszących się do ważonego współczynnika pochłaniania dźwięku oraz oczekiwanej klasy akustycznej, a następnie dokonał wyboru oferty wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i udzielił mu przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odnosząc się do powyższego dostrzec należy, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) (dalej: „rozporządzenie”). Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć

potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Reasumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty.

Przy czym zgodnie z doktryną i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza, że wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu.

Zatem w sytuacji, gdy dokumenty i oświadczenia, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zostały złożone przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp lub złożone w tym trybie dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, to wówczas po stronie Zamawiającego kształtuje się obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który w opisanych okolicznościach zobowiązuje do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia rzeczonych dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień. W przypadku zaś braku uzupełnienia dokument lub uzupełnienia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia przez zaoferowany asortyment wymagań zamawiającego zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Jak wskazano wyżej, Zamawiający w SIWZ wymagał, aby oferowane fotele posiadały określoną klasę akustyczną, a na potwierdzenie spełniania tych wymagań wykonawcy mieli złożyć dokument „badanie akustyczne wg EN ISO 354-2004 – umożliwiające identyfikację z oferowanym fotelem.”

Z ustaleń kontroli wynika natomiast, że model fotela, który w 2013 r. 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. Należy przy tym zwrócić 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę wykonawcy MEGAN SEATING Sp. z o.o. jako niezgodną z treścią SIWZ w zakresie wymaganych parametrów akustycznych.

Przeprowadzone w 2013 r. badanie akustyczne, z którego raport wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. załączył do swojej oferty, dotyczyło bowiem innego fotela, aniżeli zaoferowany przez niego w przedmiotowym postępowaniu, co wynikało bezpośrednio z rozbieżności dotyczących wymiarów oferowanego fotela wskazanych w formularzu oferty oraz w badaniu akustycznym, których wykonawca MEGAN SEATING Sp. z o.o. – pomimo skierowanego do niego przez Zamawiającego wezwania o odniesienie się do przedmiotowej kwestii – nie wyjaśnił. W konsekwencji wyników badania akustycznego „Pomiar współczynnika pochłaniania dźwięku w komorze pogłosowej wg PN-EN ISO 354:2005”, nr LAT/04/2013 nie można uznać za adekwatne do foteli kinowych OLIMP – podłokietnik klasyczny, podłokietnik klasyczny montowany na systemie demontowalnym oraz podłokietnik integralny z uchwytem na kubek, zaoferowanych przez wykonawcę MEGAN SEATING Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe ustalenie potwierdza również pismo AGH w Krakowie. W toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wszczęcie niniejszej kontroli doraźnej, w dniu 10 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu skierował pismo do Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki Akademii Górniczo – Hutniczej w Krakowie z prośbą o udzielenie informacji, czy badaniu akustycznemu, przeprowadzonemu w maju 2013 r. był poddany

ten sam fotel, którego dotyczyły karty katalogowe załączone przez Wykonawcę MEGAN SEATING Sp. z o.o. do złożonej przez niego oferty.

W dniu 30 kwietnia 2019 r. do Urzędu wpłynęła odpowiedź Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Robotyki Akademii Górniczo – Hutniczej w Krakowie, 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.

Natomiast – jak zaznaczono w ww. piśmie w raporcie AGH z dnia 17 maja 2013 r. „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 spodnia 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.

Reasumując, Zamawiający 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, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe zaniechanie Zamawiającego prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co miało wpływ na wynik postępowania.

## **Ad. 2.**

Zamawiający, zgodnie z treścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, 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.<sup>3</sup>

Treść powyższych wymagań została również zamieszczona we wzorze formularza oferty. Jednocześnie Zamawiający we wzorze ww. formularza zawarł 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 regułkę **ZGODNIE Z WYMAGANIAMI ZAMAWIAJĄCEGO**, a w przypadku gdy Wykonawca proponuje fotel o parametrach lub funkcjach technicznych lepszych **BĄDŹ RÓWNOWAŻNYCH** niż wymagane, należy **JE WYSZCZEGÓLNIĆ**.”

Jak wynika z przekazanej do Urzędu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przed upływem terminu składania ofert, jeden z wykonawców zadał Zamawiającemu pytania następującej 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 dystrybuuje 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*

---

<sup>3</sup> Kom. Zamawiający w treści formularza ofertowego oraz SOPZ zawarł następujące wymaganie: *Nogi pierwszych i ostatnich foteli w rzędach posiadają element tapicerowany od podłokietnika do połowy struktury wsporczej fotela oraz podłokietniki z polipropylenu. Podłokietniki wkomponowane są w zewnętrzne boki fotela oraz modelowane w 3D i wykonane z polipropylenu.*



*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 wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego w toku kontroli doraźnej Zamawiający podał, że zgodził się na zmianę klasy akustycznej foteli, aby nie utrudniać uczciwej konkurencji oraz umożliwić szerszemu gronu wykonawców złożenie oferty. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zamieścił treść niniejszej odpowiedzi na swojej 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.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie natomiast z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.

W tym miejscu należy wskazać, że jakkolwiek literalne brzmienie art. 38 ust. 4 wskazuje na możliwość, nie na obowiązek dokonania modyfikacji SIWZ przez zamawiającego, to należy mieć na uwadze, że ww. przepis jest przepisem o charakterze proceduralnym, przewidującym podstawę prawną i warunki realizowania uprawnienia Zamawiającego do dokonania zmiany SIWZ. Jednakże w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy dokonanie zmiany SIWZ może być uznane za obowiązek

Zamawiającego, w szczególności, jeżeli z innego przepisu ustawy Pzp wynika zasadność dokonania tej czynności. W ocenie Kontrolującego, tego rodzaju sytuacja zachodzi właśnie w kontrolowanym postępowaniu, a obowiązek dokonania przez Zamawiającego treści SIWZ można wywieść z treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - zgodnie z wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 641/17) *Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.*

Jak wynika z ustaleń kontroli doraźnej, Zamawiający w związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 12 dotyczące treści SIWZ z dnia 31 stycznia 2018 r. 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  $\alpha_W=0,85$ .

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający w piśmie z dnia 31 stycznia 2018 r. zawierającego odpowiedzi na zapytania w sprawie SIWZ zastrzegł, że *Uzupełnienie treści SIWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowi integralną część SIWZ i jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe 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.*

Niemniej należy stwierdzić, że 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  $\alpha_W$ ) 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.

Odpowiedź Zamawiającego brzmiała bowiem:

*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.*

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.

Reasumując, poprzestanie przez Zamawiającego jedynie na opublikowaniu odpowiedzi na pytanie na stronie internetowej Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, z pominięciem dokonania stosownych zmian w treści SOPZ oraz wzoru formularza oferty należy uznać za niewystarczające w kontekście wymogu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

### **Ad. 3**

Z pkt 2 protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, że Zamawiający ustalił wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 270 176,07 zł.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający żądał w pkt IX SIWZ wniesienia wadium w kwocie 10 000,00 zł.

Zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.

Określona przez Zamawiającego kwota wadium stanowi 3,70% szacunkowej wartości zamówienia (270 176,07 zł).

Tym samym, określając wysokość wadium na kwotę 10 000 zł, Zamawiający naruszył art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.