

Warszawa, dnia 06.07.2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

TRONUS POLSKA sp. z o.o.

ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa

Nr tel. 22 353 66 77

Nr faks 22 499 41 77

Email dzp@tronus.pl

Zamawiający:

**Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo
Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Olecko**

ul. Wojska Polskiego 5, 19-400 Olecko

nr tel. 87 523 42 61,

nr fax 87 523 44 67

mail: olecko@bialystok.lasy.gov.pl

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu Odwołującego na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r, poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp, składam odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest:

„Dostawa i montaż wyposażenia do pomieszczeń budynku biurowego Nadleśnictwa Olecko”, znak postępowania S.270.1.2020, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.06.2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 120-291269.

III. ZARZUTY

Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- 1) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1, art. 43 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez żądanie złożenia wraz z ofertą próbek dziewięciu rodzajów mebli (biurko kod B160, kontenerek kod K2, stół prosty ST 160/70, fotel obrotowy FO1, krzesło dla gości K1, krzesło drewniane K3, fotelik dla gości K5, szafa S4OH/6, kasety multimedialna instalowana w stole KAS 2), co narusza przepisy ustawy pzp dotyczące dokumentów jakich Zamawiający może żądać od wykonawców, w tym zarówno tego, od których wykonawców można żądać przedłożenia takich próbek, jak i terminu, w jakim próbki mają zostać złożone, co stanowi ponadto naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności, utrudniając znacznie przygotowanie i złożenie oferty i zwiększając koszty udziału w postępowaniu w sposób, kształtując te wymagania w sposób nie znajdujący uzasadnienia w żadnych ujawnionych w SIWZ potrzebach Zamawiającego;

- 2) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp – poprzez sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję:
- a) dla wszystkich produktów – poprzez zaniechanie ustalenia dla tych produktów dopuszczalnej tolerancji wymiarów w stosunku do wartości określonych w SIWZ;
 - b) dla towarów: wszystkie biurka, kody B140, B160, B180, BE160/140, B180P, B180L, BG200, poprzez ustalenie wymagań co do wykonania następujących elementów przedmiotu zamówienia:
 - aby blaty łaty przykręcane były do stelaża za pomocą śrub metrycznych M6 w gniazda stalowe zainstalowane w blacie,
co świadczy o wskazaniu w SIWZ wprost produktów określonego producenta tj. Mebelux sp. z o.o. z Ostródy,
 - c) dla towarów „Fotele obrotowe pracownicze”, kod FO1, poprzez ustalenie wymagań co do wykonania następujących elementów przedmiotu zamówienia:
 - aby oparcie było wykonane jako rama z tworzywa sztucznego w kolorze czarnym, na której rozciągnięta jest miękka, elastyczna siatka w kolorze czarnym, posiadająca atest trudnopalności, wykonana na 100% z poliestru o odporności na ścieranie na poziomie 70 000 cykli Martindale, odporności na piling 5,
co świadczy o wskazaniu w SIWZ wprost produktów określonego producenta tj. Profim
- 3) art. 151 ust. 2 i 3 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp, art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego (dalej: kc) poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się poprzez wprowadzenie w rozdziale 16 pkt II ppkt 2-4 oraz w § 5 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) nie znanego ustawie pzp zabezpieczenia tj. zabezpieczenia dokumentu gwarancji na kwotę 5% wartości mebli objętych gwarancją, opisanych w rozdziale 14 pkt.2 lit .c) SIWZ oraz w § 5 ust. 1 wzoru umowy.

IV. ŻĄDANIA

Z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp i kc:

- 1) w zakresie wszystkich towarów objętych SIWZ poprzez ustalenie dla każdego produktu oraz składających się na nie komponentów tolerancji wymiarów nie mniejszej niż +/- 5% w stosunku do wartości wskazanych w SIWZ;
- 2) wykreślenie z rozdziału 11 punkt 5 SIWZ litery j), nakazującego złożenie wraz z ofertą próbek dziewięciu rodzajów mebli;
- 3) w zakresie towarów: wszystkie biurka, kody B140, B160, B180, BE160/140, B180P, B180L, BG200, – dopuszczenie w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 1B do SIWZ) obok biurek z blatami przykręcanymi do stelaża za pomocą śrub metrycznych w gniazda stalowe zainstalowane w blacie także biurek, w których blaty przykręcone będą za pomocą wkrętów meblowych;
- 4) w zakresie towarów „Fotele obrotowe pracownicze”, kod FO1 – dopuszczenie w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 1B do SIWZ) obok foteli z oparciem w postaci ramy z tworzywa sztucznego w kolorze czarnym także foteli z oparciem z ramą z konstrukcją metalową;
- 5) wykreślenie z rozdziału 16 punkt II SIWZ podpunktów 2-4;
- 6) wykreślenie z wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) § 5 ust. 3 pkt 3.

Wnoszę także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

- 1) Ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 24.06.2020 r. Wobec tego termin na złożenie niniejszego odwołania upływa w dniu 06.07.2020 r., gdyż dzień 04.07.2020 r. przypadał w sobotę, a dzień 05.07.2020 r. (niedziela), jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Zgodnie z art. 185 ust. 8 Pzp, jeśli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Odwołanie zostaje zatem wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.
- 2) Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i ustanowienie warunków umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty, a tym samym odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie te naruszenia przepisów pzp Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Korzyści tych został pozbawiony poprzez naruszające przepisy pzp i kc czynności Zamawiającego zaskarżone niniejszym odwołaniem. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ulega wątpliwości, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

Zarzut nr 1. Naruszenie w zakresie żądania próbek wraz z ofertą

Zamawiający w SIWZ w pkt 3 (w rozdziale 4) wymaga złożenia wraz z ofertą próbek dziewięciu mebli: biurko kod B160, kontenerek kod K2, stół prosty ST 160/70, fotel obrotowy FO1, krzesło dla gości K1, krzesło drewniane K3, fotelik dla gości K5, szafa S4OH/6, kasetta multimedialna instalowana w stole KAS 2.

Zamawiający wymaga dodatkowo, aby te meble spełniały wszystkie wymagania określone w załącznikach nr 1A oraz 1B do SIWZ.

Próbki te mają zostać zgodnie z rozdziałem 11 pkt 5 lit. j SIWZ złożone w terminie składania ofert, a ich brak lub jakkolwiek niezgodność z opisami mebli zawartymi w załącznikach nr 1A i 1B do SIWZ ma być powodem do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Nie negując co do zasady prawa Zamawiającego do żądania próbek jako rodzaju dokumentów potwierdzających zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp), należy stwierdzić, że tak jak wszystkie czynności Zamawiającego, tak i czynności w zakresie określenia żądania próbek podlegają reżimowi ustawy pzp, co oznacza, że zgodnie z art. 25 ust. pkt 2 pzp w

zw. z art. 26 ust. 1 pzp Zamawiający nie ma prawa żądać złożenia tych próbek przez wszystkich wykonawców. Nie ma także żadnej podstawy prawnej, która pozwalałaby żądać tych próbek już w terminie składania ofert.

Próbki są w reżimie ustawy pzp zrównane z dokumentami przedmiotowymi, czyli dokumentami składanymi na potwierdzenie zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego, przewidzianymi w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W stosunku do takich dokumentów ustawodawca nie przewidział jednak żadnego przypadku, w jakim dokumenty te mogły być żądane w trybie innym niż określony w art. 26 ust. 1 (w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych, jak w przedmiotowym postępowaniu) lub ust. 2 ustawy pzp (w przypadku postępowań do tzw. progów unijnych). Powoduje to, że zaskarżony zapis SIWZ (rozdział 11 pkt 5 lit. j) stanowi oczywiste i rażące naruszenie przepisów ustawy pzp.

Ma ono dodatkowo potencjalnie bardzo istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Ze względu na charakter żądanych próbek (9 sztuk gotowych mebli, zgodnych z wymaganiami OPZ) wartość tych próbek jest bardzo duża, co znacząco wpływa na koszty ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Przedmiotowe postępowanie stanowi powtórkę unieważnionego wcześniej przetargu. W tym przetargu ceny mebli, które mają stanowić próbki, kształtowały się następująco:

- 1) wg oferty złożonej przez Odwołującego: biurko kod B160 - 890,00 zł netto, kontenerek kod K2 - 460,00 zł netto, stół prosty ST 160/70 - 860,00 zł netto, fotel obrotowy FO1 - 1200,00 zł netto, krzesło dla gości K1 - 650,00 zł netto, krzesło drewniane K3 - 800,00 zł netto, fotelik dla gości K5 - 940,00 zł netto, szafa S4OH/6 - 890,00 zł netto, kasetta multimedialna instalowana w stole KAS 2 - 990,00 zł netto. Razem netto 7680 zł, a po powiększeniu o podatek VAT aż **9446,40 zł brutto (!)**;
- 2) wg oferty złożonej przez MEBELUX Sp. z o.o.: biurko kod B160 - 655,00 zł netto, kontenerek kod K2 - 688,00 zł netto, stół prosty ST 160/70 - 584,00 zł netto, fotel obrotowy FO1 - 1271,00 zł netto, krzesło dla gości K1 - 511,00 zł netto, krzesło drewniane K3 - 690,00 zł netto, fotelik dla gości K5 - 902 zł netto, szafa S4OH/6 - 680,00 zł netto, kasetta multimedialna instalowana w stole KAS 2 - 624,00 zł netto. Razem netto 6605 zł, a po powiększeniu o podatek VAT aż **8124,15 zł brutto (!)**.

Oznacza to, że Zamawiający żąda złożenia próbek o wartości rzędu 8.000-10.000 zł. A do samego kosztu wytworzenia czy zakupu mebli będących próbkami doliczyć trzeba także koszty transportu mebli do siedziby Zamawiającego, które mogą wynosić nawet 1.272,00 zł. Obciążenie wszystkich Wykonawców tak znacznymi kosztami koniecznymi dla skutecznego złożenia oferty nie znajduje żadnego uzasadnienia w jakimkolwiek przedstawionym w SIWZ i zasługującym na uznanie interesie Zamawiającego. Próbki mają służyć jedynie ocenie zgodności towarów z SIWZ, co i tak będzie realizowane przez Zamawiającego w czasie realizacji umowy, w toku procedur odbiorowych.

Dodatkowo próbki te, w przypadku wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, mogą podlegać zwrotowi nie wcześniej, niż po upływie 4 lat od zakończenia postępowania (art. 97 ust. 1 pzp). W przypadku oferty wybranej będzie to de facto żądanie przez Zamawiającego bezpłatnego świadczenia. Wartość mebli-próbek po okresie 4 lat przechowywania przez Zamawiającego i nie znanych (nie opisanych w SIWZ) testów, będzie najprawdopodobniej równa zero. Także dla Wykonawców, których oferta nie zostanie wybrana, będzie oznaczało to istotne straty finansowe. Meble takie, po dwukrotnym transporcie, montażu w siedzibie Zamawiającego i przeprowadzeniu przez Zamawiającego testów, także znacznie stracą na wartości, prawdopodobnie ich wartość sprzedażowa po zwrocie przez Zamawiającego nie będzie przekraczać 20% wartości pierwotnej.

Zamawiający w SIWZ nie przewidział żadnego postanowienia, które stanowiłoby dla Wykonawców zwrot kosztów w tym zakresie, co oznacza, że każdy Wykonawca rozważający ubieganie się o przedmiotowe zamówienie staje na starcie przed koniecznością poniesienia niemożliwych do odzyskania kosztów rzędu 8.000-10.000 zł, nie mając żadnej gwarancji wygranej w przetargu. Jest

to istotna bariera i znaczne utrudnienie złożenia oferty, co w znacznym stopniu ogranicza konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto podobnie jak brak dopuszczenia tolerancji wymiarów (zarzut 1) świadczy to o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu wyłącznie do producentów istniejących towarów posiadających dokładnie takie wymiary, jak podane w SIWZ, albo do wykonawców, którzy dysponują takimi towarami. Tylko tacy Wykonawcy są w stanie zapewnić dostarczenie żądanych próbek przed upływem terminu składania ofert.

Jest to także niedozwolone preferowanie Wykonawców mających siedziby w pobliżu siedziby Zamawiającego, dla których koszty transportu próbek będą znacząco niższe, niż dla Wykonawców mających siedziby w większej odległości.

Obowiązek złożenia próbek, zwłaszcza w tak dużej ilości i o tak dużej wartości, nie jest w niniejszym postępowaniu uzasadniony żadnym szczególnie istotnym interesem Zamawiającego, którego nie można byłoby w dostateczny sposób zabezpieczyć poprzez innego rodzaju, mniej dolegliwe i mniej kosztowne czynności, jak np. żądanie złożenia dokładnych kart katalogowych czy innych dokumentów przedmiotowych potwierdzających zgodność oferowanych towarów z SIWZ.

Zarzut 2 lit. a) Naruszenie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia - brak dopuszczenia tolerancji wymiarów

Dokonany w ramach SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest dotknięty wadami polegającymi na naruszeniu przepisów ustawy pzp, a to w szczególności art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp, mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Podobnie w niezgodny z przepisami ustawy pzp sformułowane są niektóre zapisy związane z żądanymi przez Zamawiającego dokumentami potwierdzającymi zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego.

Naruszenie dotyczy braku ustanowienia tolerancji wymiarów dla mebli i składających się na nie komponentów. Brak wprowadzenia takiej tolerancji świadczy o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu wyłącznie do producentów istniejących towarów posiadających dokładnie takie wymiary, jak podane w SIWZ albo do wykonawców, którzy dysponują takimi towarami.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 3 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zamawiający mają oczywiście prawo do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom np. użytkowym, funkcjonalnym i technicznym. Opis ten nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 pzp Ma to miejsce w szczególności wtedy „gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także **określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu**” (por. wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt KIO 1670/17). Ewentualne ograniczenia, które mogłyby zostać wprowadzone do SIWZ, muszą być uzasadnione **obiektywnymi potrzebami Zamawiającego**. Wymogi inne, wykraczające poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego, a jednocześnie uniemożliwiające lub utrudniające możliwość złożenia oferty czy wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia danego rodzaju i skali, należy uznać za sprzeczne z art. 29 ust. 2 pzp i jako takie powinny zostać one wyeliminowane względnie zastąpione innymi wymogami, które mieszczą się w granicach określonych w tym przepisie.

Jak wskazuje się także w orzecznictwie: „Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne, oznacza konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nawet nazwy własne nie zostają podane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt), lub **stanowi zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego**, a jednocześnie prowadzą z tej przyczyny do rezygnacji potencjalnych wykonawców - którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia - z udziału w danym postępowaniu i ubiegania się o zamówienie.” (por. uchwała KIO z 04.04.2016 r., KIO/KD 21/16).

Także z zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, które wynikają z art. 7 ust. 1 pzp wynika konieczność kształtowania wymagań opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednocześnie zapewniający odpowiedni poziom konkurencji, nie zawężony bez obiektywnego uzasadnienia. Wiąże się z tym kształtowanie wymogów w sposób, który jest niezbędny dla osiągnięcia celu, jakim jest otrzymanie w wyniku przetargu prawidłowego i funkcjonalnego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nie mogą być uznane za zgodne z przepisami ustawy pzp wymogi ograniczające możliwość złożenia ofert obejmujących prawidłowe, zgodne z przeznaczeniem, w pełni trwałe i funkcjonalne meble, różniące się od wymagań SIWZ się jedynie drobnymi wartościami wymiarów czy parametrów technicznych.

Dodatkowo, zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa: „Dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, **wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.**” (por. wyrok KIO z 22.08.2017 r., sygn. akt KIO 1598/17, podobnie np. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 2006-01-25, II Ca 693/05, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2008-05-05, IX Ga 46/08, wyrok KIO z dnia 2011-10-17, KIO 2137/11, KIO 2106/11).

Co więcej, w orzecznictwie podkreśla się także, że: „w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 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 (m.in. wyrok KIO z 27 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24 stycznia 2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11)” (por. uchwała KIO z dnia 05.05.2016 r., KIO/KD 29/16).

Taka właśnie sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzucane Zamawiającemu naruszenia albo uniemożliwiają Odwołującemu konkurowanie w przedmiotowym przetargu na równych i uczciwych zasadach, albo też utrudniają to istotnie, rodząc jednocześnie poważne problemy realizacyjne w razie udzielenia zamówienia.

Zarzut nr 2 lit. b)

W dokumencie „Szczegółowy opis elementów wyposażenia- specyfikacja techniczna” (załącznik nr 1B do SIWZ) – dalej zwanym SOPZ – Zamawiający dla wszystkich biurek przedstawił wymóg, aby blaty biurek przykręcane były do stelaża za pomocą śrub metrycznych w gniazda zainstalowane w blacie, bez dopuszczenia innych rozwiązań technicznych, jak np. montażu przy użyciu drewnokrętów.

Tym samym bez żadnego merytorycznego uzasadnienia Zamawiający zastosował dyskryminację wykonawców oferujących towary, w których zastosowany jest montaż stelaża do biurka z zastosowaniem innych, stosowanych z powodzeniem na rynku systemów łączenia, jak np. z pomocą drewnokrętów. Wobec tego w ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Powyższy wymóg wskazuje na preferowanie przez Zamawiającego produktów określonego producenta tj. firmy Mebelux sp. z o.o. z Ostródy, która to firma złożyła zresztą ofertę w

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego poprzednio.

Zarzut nr 2 lit. c)

W dokumencie „SOPZ” – Zamawiający dla foteli pracowniczych obrotowych FO1 przedstawił wymóg:

„Oparcie wykonane jako rama z tworzywa sztucznego w kolorze czarnym, na której rozciągnięta jest miękka, elastyczna siatka w kolorze czarnym, posiadająca atest trudnopalności, wykonana na w 100% z poliestru o odporności na ścieranie na poziomie 70 000 cykli Martindale , odporności na piling 5.”

Tym samym bez żadnego merytorycznego uzasadnienia Zamawiający zastosował dyskryminację wykonawców oferujących towary, w których zastosowane są inne, stosowane z powodzeniem na rynku konstrukcje ramy oparcia fotela. Wobec tego w ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Powyższy wymóg wskazuje na preferowanie przez Zamawiającego produktów określonego producenta tj. firmy Mebelux sp. z o.o. z Ostródy, która to firma złożyła zresztą ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego poprzednio.

Zarzuty nr 2 lit. b) i c) – część wspólna

Takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminacyjny, ograniczając możliwość ubiegania się o zamówienie wyłącznie do podmiotów oferujących produkty tego producenta. Co istotne, wymagania Zamawiającego w zaskarżonym zakresie nie są związane z żadnymi obiektywnymi cechami produktu, wpływającymi na jego trwałość, funkcjonalność czy zwiększającymi właściwości użytkowe produktu.

To powoduje, że pomimo zachowania pozorów konkurencyjności (np. brak wskazania wprost nazwy producenta i modeli poszczególnych krzeseł) opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest dyskryminacyjny, gdyż odwołuje się do jednego produktu określonego producenta, ograniczając bez żadnego uzasadnienia konkurencję, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Choć w SIWZ nie padają nazwy producentów czy modele ww. towarów, to ma to jedynie charakter pozorny. Poprzez wyraźne odniesienia nie tylko do cech technicznych, ale także do cech estetycznych (np. opis kolorów czy kształtów elementów) odpowiadających dokładnie ww. produktom. Zamawiający pozbawia w ten sposób możliwości udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytego, prawidłowego wykonania zamówienia, a nie dysponujących na potrzeby wykonania zamówienia krzesłami tych konkretnych producentów.

Jak podkreśla się w orzecznictwie: *„Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 pzp może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. (...) Natomiast **pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez Zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.**”* (por. uchwała KIO z 05.05.2016 r., KIO/KD 29/16, podobnie np. wyrok KIO z 7 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07).

Wobec powyższego tworząc opis przedmiotu zamówienia w zakresie ww. towarów Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji zaskarżone zapisy SIWZ powinny zostać zmienione zgodnie z żądaniami odwołania, co pozwoli na doprowadzenie zaskarżonych zapisów SIWZ do stanu zgodnego z prawem, czyli SIWZ zawierającego niedyskryminacyjne postanowienia, odnoszące się do obiektywnych potrzeb Zamawiającego dotyczących cech funkcjonalnych czy użytkowych tych mebli.

Zarzut nr 3. Wprowadzenie zabezpieczenia należytego wykonania nie znanego ustawie pzp

Zamawiający w SIWZ w rozdziale 16 punkt I wprowadził wymóg złożenia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach zgodnych z wymaganiami art. 148-151 ustawy pzp. Zabezpieczenie to jest żądane na wartość 5% wartości umowy. W świetle obowiązującego obecnie art. 15vb ust. 5 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.) (dalej: ustawa dot. Covid-19) jest to maksymalna dopuszczalna kwota zabezpieczenia.

Zamawiający przewidział też, zgodnie z art. 151 ust. 2 ustawy pzp pozostawienie 30% wartości zabezpieczenia na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Z uwzględnieniem treści art. 151 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 15vb ust. 5 ustawy dot. Covid-19 jest to maksymalna wartość zabezpieczenia, jakiego Zamawiający może żądać na okres po zakończeniu wykonania dostaw (okres rękojmi za wady).

Jednak Zamawiający w rozdziale 16 punkt II ppkt 2 i 3 oraz w § 5 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) wprowadził dodatkowe zabezpieczenie, nie znane przepisom ustawy pzp. Zamawiający sformułował ten wymóg jako zabezpieczenie dokumentu gwarancji, na kwotę 5% wartości mebli objętych gwarancją, a opisanych w rozdziale 14 pkt 2 lit. c) SIWZ. Sposób uregulowania tego zabezpieczenia obok zabezpieczenia zgodnego z pzp, ujętego w rozdziale 16 punkt I SIWZ, powoduje, że jest to zabezpieczenie dodatkowe, przekraczające maksymalną wartość zabezpieczenia dopuszczalną zgodnie z ustawą pzp i Covid-19.

Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, po wejściu w życie ustawy nowelizującej ustawę pzp z dnia 05.11.2009 r.: „ustawodawca wyraźnie wykluczył możliwość wykorzystywania instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy celem zabezpieczenia roszczeń wynikających z gwarancji jakości” (por. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016). Odmienne zastrzeżenia zawarte w SIWZ stanowią naruszenie art. 151 ust. 2 i 3 ustawy pzp (por. np. wyrok KIO z dnia 22 lipca 2011 r., KIO 1455/11).

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy pzp odwołanie winno zostać uwzględnione.

Wszystkie opisane w niniejszym odwołaniu naruszenia ustawy pzp i odpowiednio stosowanych przepisów k.c. uniemożliwiają ubieganie się o przedmiotowe zamówienie zgodnie z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 pzp zasadami uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a tym samym mają one lub przynajmniej mogą mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Czynności Zamawiającego polegające na ustaleniu w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu istotnych postanowień umowy powinny zostać skorygowane w taki sposób, aby odpowiadały one wymaganiom wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności zaś aby odpowiadała ona zasadom uczciwej konkurencji i proporcjonalności, a także aby była ona zgodna z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc i nie stanowiła przejawu nadużycia prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 5 kc.

Dla zapewnienia tego celu z pewnością konieczne i celowe będzie dokonanie zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami niniejszego odwołania. Z tego powodu wnoszę, jak we wstępie.

Za Odwołującego:

Załączniki:

1. informacja z KRS dla Odwołującego,
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000 złotych (potwierdzenie przelewu),
3. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,

Otrzymują:

1 x Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

1 x Zamawiający

1 x a/a

Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze S dowym, posiada moc dokumentu wydawanego przez Centraln Informacj , nie wymaga podpisu i piecz ci.

CENTRALNA INFORMACJA KRAJOWEGO REJESTRU S DOWEGO

KRAJOWY REJESTR S DOWY

Stan na dzie 18.02.2020 godz. 13:03:39

Numer KRS: 0000426304

Informacja odpowiadaj ca odpisowi aktualnemu
Z REJESTRU PRZEDSI BIORCÓW

Data rejestracji w Krajowym Rejestrze S dowym		05.07.2012		
Ostatni wpis	Numer wpisu	16	Data dokonania wpisu	16.12.2019
	Sygnatura akt	RDF/184413/19/466		
	Oznaczenie s du	SYSTEM		

Dział 1

Rubryka 1 - Dane podmiotu	
1.Oznaczenie formy prawnej	SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNO CI
2.Numer REGON/NIP	REGON: 146196211, NIP: 5272680141
3.Firma, pod któr spółka działa	TRONUS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNO CI
4.Dane o wcze niejszej rejestracji	-----
5.Czy przedsi biorca prowadzi działalno gospodarcz z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej?	NIE
6.Czy podmiot posiada status organizacji po ytku publicznego?	NIE

Rubryka 2 - Siedziba i adres podmiotu	
1.Siedziba	kraj POLSKA, woj. MAZOWIECKIE, powiat M.ST. WARSZAWA, gmina M.ST. WARSZAWA, miejsc. WARSZAWA
2.Adres	ul. ORDONA, nr 2A, lok. ---, miejsc. WARSZAWA, kod 01-237, poczta WARSZAWA, kraj POLSKA
3.Adres poczty elektronicznej	-----
4.Adres strony internetowej	-----

Rubryka 3 - Oddziały	
Brak wpisów	

Rubryka 4 - Informacje o umowie		
---------------------------------	--	--

1. Informacja o zawarciu lub zmianach umowy spółki	1	04.07.2012
	2	16.04.2013 R., REP. A NR 3142/2013, NOTARIUSZ AGNIESZKA PRZYBYSIAK, KANCELARIA NOTARIALNA UL. WOJCIECHOWSKIEGO 17 WARSZAWA; ZMIANA: §2, §4, §6, §14, §16.

Rubryka 5	
-----------	--

1. Czas, na jaki została utworzona spółka	NIEOZNACZONY
2. Oznaczenie pisma innego niż Monitor S dowy i Gospodarczy, przeznaczonego do ogłoszeń spółki	-----
3. Wspólnik może mieć :	WI KSZ LICZB UDZIAŁÓW
4. Czy statut przyznaje uprawnienia osobiste określonym akcjonariuszom lub tytuły uczestnictwa w dochodach lub majątku spółki nie wynikających z akcji?	*****
5. Czy obligatoriusze mają prawo do udziałów w zysku?	*****

Rubryka 6 - Sposób powstania spółki	
-------------------------------------	--

Brak wpisów

Rubryka 7 - Dane wspólników		
-----------------------------	--	--

1	1. Nazwisko / Nazwa lub firma	WARDA
	2. Imiona	KONRAD MATEUSZ
	3. Numer PESEL/REGON	86032802478
	4. Numer KRS	*****
	5. Posiadane przez wspólnika udziały	97 UDZIAŁÓW O Ł. CZNEJ WARTO CI 4.850,00 ZŁ.
	6. Czy wspólnik posiada całość udziałów spółki?	NIE

Rubryka 8 - Kapitał spółki	
----------------------------	--

1. Wysokość kapitału zakładowego	5 000,00 Zł
Podrubryka 1 Informacja o wniesieniu aportu	
Brak wpisów	

Rubryka 9 - Nie dotyczy	
-------------------------	--

Brak wpisów

Rubryka 10 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Dział 2

Rubryka 1 - Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu
--

1. Nazwa organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu	ZARZ D	
2. Sposób reprezentacji podmiotu	W PRZYPADKU ZARZ DU WIELOOSOBOWEGO, DO SKŁADANIA O WIADCZE W IMIENIU SPÓŁKI UPRAWNIONY JEST KA DY CZŁONEK ZARZ DU DZIAŁAJ CY SAMODZIELNIE.	
Podrubryka 1 Dane osób wchodz cych w skład organu		
1	1. Nazwisko / Nazwa lub Firma	WARDA
	2. Imiona	KONRAD MATEUSZ
	3. Numer PESEL/REGON	86032802478
	4. Numer KRS	****
	5. Funkcja w organie reprezentuj cym	PREZES ZARZ DU
	6. Czy osoba wchodz ca w skład zarz du została zawieszona w czynno ciach?	NIE
	7. Data do jakiej została zawieszona	-----

Rubryka 2 - Organ nadzoru

Brak wpisów

Rubryka 3 - Prokurenci

Brak wpisów

Dział 3

Rubryka 1 - Przedmiot działalności

1. Przedmiot przewa ajcej działalności przedsi biorcy	1	31, 01, Z, PRODUKCJA MEBLI BIUROWYCH I SKLEPOWYCH
2. Przedmiot pozostałej działalności przedsi biorcy	1	31, 09, Z, PRODUKCJA POZOSTAŁYCH MEBLI
	2	45, 11, Z, SPRZEDA HURTOWA I DETALICZNA SAMOCHODÓW OSOBOWYCH I FURGONETEK
	3	47, 91, Z, SPRZEDA DETALICZNA PROWADZONA PRZEZ DOMY SPRZEDA Y WYSYŁKOWEJ LUB INTERNET
	4	47, 99, Z, POZOSTAŁA SPRZEDA DETALICZNA PROWADZONA POZA SIECI SKLEPOW , STRAGANAMI I TARGOWISKAMI
	5	77, 11, Z, WYNAJEM I DZIER AWA SAMOCHODÓW OSOBOWYCH I FURGONETEK
	6	95, 24, Z, NAPRAWA I KONSERWACJA MEBLI I WYPOSA ENIA DOMOWEGO
	7	46, 49, Z, SPRZEDA HURTOWA POZOSTAŁYCH ARTYKUŁÓW U YTKU DOMOWEGO

Rubryka 2 - Wzmianki o złożonych dokumentach

Rodzaj dokumentu	Nr kolejny w polu	Data złożenia	Za okres od do
1.Wzmianka o złożeniu rocznego sprawozdania finansowego	1	27.06.2013	2012
	2	18.12.2014	OD 01.01.2013 DO 31.12.2013
	3	17.12.2015	OD 01.01.2014 DO 31.12.2014
	4	01.07.2016	OD 01.01.2015 DO 31.12.2015
	5	28.02.2018	OD 01.01.2016 DO 31.12.2016
	6	01.09.2019	OD 01.01.2017 DO 31.12.2017
	7	15.12.2019	OD 01.01.2018 DO 31.12.2018
3.Wzmianka o złożeniu uchwały lub postanowienia o zatwierdzeniu rocznego sprawozdania finansowego	1	*****	2012
	2	*****	OD 01.01.2013 DO 31.12.2013
	3	*****	OD 01.01.2014 DO 31.12.2014
	4	*****	OD 01.01.2015 DO 31.12.2015
	5	*****	OD 01.01.2016 DO 31.12.2016
	6	*****	OD 01.01.2017 DO 31.12.2017
	7	*****	OD 01.01.2018 DO 31.12.2018
4.Wzmianka o złożeniu sprawozdania z działalności podmiotu	1	*****	2012
	2	*****	OD 01.01.2013 DO 31.12.2013
	3	*****	OD 01.01.2014 DO 31.12.2014
	4	*****	OD 01.01.2015 DO 31.12.2015
	5	*****	OD 01.01.2016 DO 31.12.2016
	6	*****	OD 01.01.2017 DO 31.12.2017
	7	*****	OD 01.01.2018 DO 31.12.2018

Rubryka 3 - Sprawozdania grupy kapitałowej

Brak wpisów

Rubryka 4 - Przedmiot działalności statutowej organizacji pożytku publicznego

Brak wpisów

Rubryka 5 - Informacja o dniu kończącym rok obrotowy

1.Dzień kończący pierwszy rok obrotowy, za który należy złożyć sprawozdanie finansowe	31.12.2012
---	------------

Dział 4

Rubryka 1 - Zaległości

Brak wpisów

Rubryka 2 - Wierzytelności

Brak wpisów

Rubryka 3 - Informacje o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe albo o zabezpieczeniu majątku dłużnika w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości albo w postępowaniu restrukturyzacyjnym albo po prawomocnym umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego

Brak wpisów

Rubryka 4 - Umorzenie prowadzonej przeciwko podmiotowi egzekucji z uwagi na fakt, że z egzekucji nie uzyskana suma wyszedła od kosztów egzekucyjnych

Brak wpisów

Dział 5

Rubryka 1 - Kurator

Brak wpisów

Dział 6

Rubryka 1 - Likwidacja

Brak wpisów

Rubryka 2 - Informacje o rozwiązaniu lub unieważnieniu spółki

Brak wpisów

Rubryka 3 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Rubryka 4 - Informacja o połączeniu, podziale lub przekształceniu

Brak wpisów

Rubryka 5 - Informacja o postępowaniu upadłościowym

Brak wpisów

Rubryka 6 - Informacja o post powaniu układowym

Brak wpisów

Rubryka 7 - Informacje o post powaniach restrukturyzacyjnych , o post powaniu naprawczym lub o przymusowej restrukturyzacji

Brak wpisów

Rubryka 8 - Informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej

Brak wpisów

data sporz dzenia wydruku 18.02.2020

adres strony internetowej, na której s dost pne informacje z rejestru: ekrs.ms.gov.pl