Sygn. akt: KIO 198/17

WYROK
z dnia 16 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble, ul. H. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Warszawy, Rynek Starego Miasta 28 – 42, 00-272 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **Office Plus Kraków sp. z o.o., ul. Słupecka 4/85, 03-209 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble, ul. H. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy,** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble, ul. H. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy,** tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy: **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble, ul. H. Kołłątaja 100, 24-100 Puławy,** na rzecz zamawiającego: **Muzeum Warszawy, Rynek Starego Miasta 28 – 42, 00-272 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 198/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa mebli wraz z montażem do siedziby głównej Muzeum Warszaw”* w ramach projektu pn. *„modernizacja, konserwacja oraz digitalizacja obiektów zabytkowych siedziby głównej Muzeum Warszawy przy Rynku Starego Miasta w Warszawie”,* realizowanego w ramach programu *„Konserwacja i rewitalizacja dziedzictwa kulturowego”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 230-418992.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w ramach części I zamówienia, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawcy Office Plus Kraków Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Office Plus” lub „Przystępujący”) oraz wykonawcy Lucjan Sp. z o.o. z siedzibą w Solcu

Kujawskim (dalej: „Lucjan”), jako nieodpowiadających treści SIWZ. W ocenie Odwołującego, wskazane, wadliwe działanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia następujących przepisów prawa:

1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lucjan jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z SIWZ, przejawiający się w przyznaniu wykonawcy Office Plus i Lucjan punktów w zakresie stołu S17 w kryterium „sposób połączenia materiałów” i „dbałość o wykończenie”, pomimo, iż wymagania Zamawiającego w SIWZ dla przyznania punktów nie zostały spełnione;
5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z SIWZ, przejawiający się w nieprzyznaniu Odwołującemu punktów w zakresie stołu S17 i szafy SZ8 w kryterium „stabilność”, w zakresie szafy SZ8 także w kryterium „dbałość o wykończenie”, „sposób połączenia materiałów”, i „praca

---

mechanizmów zamykających drzwi i szuflady”, pomimo, iż wymagania Zamawiającego w SIWZ dla przyznania punktów przez próbki ww. mebli zostały spełnione;
6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie ofercie wykonawcy Office Plus i Lucjan punktacji w zakresie stołu S17 w kryterium „sposób połączenia materiałów” i „dbałość o wykończenie”, pomimo, że złożone przez tych wykonawców oferty nie spełniały wymagań nałożonych przez SIWZ, a tym samym w ramach tych kryteriów ofertom tym nie powinny zostać przyznane punkty za sposób połączenia materiałów i dbałość o wykończenie;
7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktacji w zakresie stołu S17 i szafy SZ8 w kryterium „stabilność”, w zakresie szafy SZ8 także w kryterium „dbałość o wykończenie”, „sposób połączenia materiałów” i „praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady”, pomimo, że złożona przez Odwołującego oferta spełniała wymagania nałożone przez SIWZ, a tym samym w ramach tych kryterium ofercie tej powinny zostać przyznane punkty za stabilność, dbałość o wykończenie i sposób połączenia materiałów oraz pracę mechanizmów zamykających drzwi i szuflady.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia;
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w zakresie części I zamówienia i w konsekwencji:

a) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus;
b) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Lucjan;
c) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu meblarstwa na okoliczność ustalenia, czy:

1. wzór produktu szafa SZ8 przedstawiony przez Odwołującego jest stabilny, wykończony starannie, praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady jest płynna (poruszają się bez zacięć i bez wysiłku);
2. wzór produktu stół S17 przedstawiony przez Odwołującego jest stabilny;
3. wzór produktu stołu S17 przedstawiony przez wykonawcę Office Plus, a także Lucjan jest wykończony starannie, a łączenia na krawędziach są niewidoczne.

Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego, treść oferty uznanej za najkorzystniejszą nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szafy, symbol produktu SZ8. W tym samym zakresie, zdaniem Odwołującego, treść oferty wykonawcy, który zajął drugie miejsce tj. Lucjan nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podał, że w części III pkt 6 ppkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części I został ujęty w załączniku nr 1 do SIWZ, gdzie dla szafy o symbolu SZ8 Zamawiający wymagał m.in., aby była wykonana z płyty wiórowej o grubości 18 mm, plecy tylne szafy miały zostać wykonane z płyty meblowej o wskazanej przez Zamawiającego grubości, natomiast ściana tylna szafy miała być wpuszczona, w stosunku do korpusu szafy, w wyfrezowane rowki w bokach i wieńcach szafy. Elementem szafy miały być dwie szuflady skrzyniowe na prowadnicach.

Jak wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, jaką grubość ma mieć szafa aktowa z szufladami o symbolu SZ8. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie wykonawcy dopuścił zastosowanie płyty o grubości 16 mm lub innej grubości, ale powyższe dotyczyło jedynie dna i tyłu szuflad w szafach z płyty meblowej z szufladami, w tym szafy o symbolu SZ8 (odpowiedź Zamawiającego na pytanie wykonawcy nr 35 z dnia 7 grudnia 2016 r.).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił wymagania dla ww. szafy w sposób precyzyjny, jasny i niebudzący żadnych wątpliwości, stąd były one w pełni wiążące dla wykonawców. Wykonawcy, jak podkreślił Odwołujący, winni postanowienia te stosować, a Zamawiający bez wyjątku jest zobligowany do tego, aby własny dokument przetargowy literalnie odczytywać, respektować i egzekwować.

Odwołujący podał, że 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. W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wypełnił powyższe okoliczności wskazując, iż wymaga dostarczenia szafy aktowej z szufladami z płyty wiórowej o grubości 18 mm, po modyfikacji w zakresie dna i tyłu szuflad o grubości 16 mm lub innej, o plecach wykonanych z płyty meblowej o określonej grubości, natomiast ściana tylna szafy miała być wpuszczona w stosunku do korpusu szafy, w wyfrezowane rowki w bokach i wieńcach szafy.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w części II pkt B SIWZ pod poz. kryterium „Jakość wykonania” zobowiązał wykonawców do dostarczenia próbki oferowanego asortymentu, m.in. dla szafki z szufladami oznaczonej w Opisie przedmiotu zamówienia symbolem SZ8. Nadto, jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazał, iż próbki stanowią

załączniki do oferty i są składane w celu oceny oferowanego przez wykonawcę asortymentu, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert. Dodatkowo, jak podkreślił Odwołujący, próbki mają potwierdzać również zgodność złożonych próbek z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Odwołujący dostrzegł również, że z kolei w części II lit. A pkt 5 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, wykonawca załączy do oferty próbki mebli w zakresie oraz na zasadach określonych w części dotyczącej kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że próbka szafy SZ8 dostarczona przez wykonawcę Office Plus posiadała boki szuflad o grubości 8 mm, zamiast wymaganych przez Zamawiającego 18 mm. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, do pleców szafy od wewnątrz została przymocowana stalowa płyta, co również stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ, gdzie Zamawiający określił, iż plecy szafy wykonane mają być wyłącznie z płyty meblowej.

Z kolei, jak wyjaśnił Odwołujący, wykonawca Lucjan dostarczył próbkę SZ8, której ściana tylna została wpuszczona w stosunku do korpusu szafy w wyfrezowane rowki jedynie w bokach szafki, a nie jak wymagał Zamawiający w bokach i wieńcach szafy. W ocenie Odwołującego, zastosowanie takiego rozwiązania jest nie tylko niezgodne z jednoznacznymi wymaganiami SIWZ, ale wpływa na niestabilność mebla i jego nieszczelność, a nadto, takie rozwiązanie pozwala na wyprodukowanie mebla po niższych kosztach i w krótszym czasie, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, istotnym jest, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w części II lit. B pkt 5 SIWZ wyraźnie wskazał, iż *„Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać i wprowadzać dodatkowych pozycji do oferty”.* Wadliwość przedłożonej próbki, w ocenie Odwołującego, w konsekwencji skutkować powinna uznaniem niezgodności złożonej oferty z SIWZ. Próbki te, w opinii Odwołującego, stanowiły część ofert i jako takie podlegały badaniu na gruncie warunków przedmiotowych postępowania.

Istotnym w niniejszej sprawie jest, zdaniem Odwołującego, iż wykonawca Lucjan zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 23 grudnia 2016 r. o dopuszczenie jako „rozwiązania równoważnego” zmiany polegającej na wykonaniu frezowanych wpustów wyłącznie w ścianach bocznych mebla. Zamawiający, jak podał Odwołujący, pozostawił ww. pismo wykonawcy Lucjan bez rozpoznania.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż: 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, 3) na 2 dni przed upływem terminu

składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, jak zauważył Odwołujący, nie wpływa przedłużenie terminu składania ofert (art. 38 ust. 1b ustawy Pzp). W przypadku, gdy wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający, jak podał Odwołujący, może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania (art. 38 ust. 1a ustawy Pzp).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przywoływanym przepisem wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający, jak podkreślił Odwołujący, jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Zatem w okolicznościach niniejszej sprawy, jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający stosownie do przepisu art. 38 ust. 1a ustawy Pzp pozostawił wniosek bez rozpoznania, a w konsekwencji powyższego nie miała miejsce proponowana przez wykonawcę Lucjan modyfikacja SIWZ w zakresie dopuszczenia możliwości wykonania frezowanych wpustów wyłącznie w ścianach bocznych mebla. Odwołujący stwierdził, że z tych przyczyn wykonawca Lucjan, dostarczając wzór szafy SZ8 z zastosowaniem technologii niezgodnej z SIWZ, w istocie zaproponował produkt nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego, a co za tym idzie, oferta wykonawcy Lucjan jako niezgodna z SIWZ podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak przyjęła KIO w wyroku z dnia 13 czerwca 2016 r. *„Wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani „poprawiać” SIWZ nawet, jeśli uważają,* że *powinna ona brzmieć inaczej. Naczelną zasadą jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach - opisanych właśnie specyfikacją. W przeciwnym wypadku - gdyby wykonawcy mogli sami zmieniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia - naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców”.*

Skoro zatem Zamawiający w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości określił wymagania dla szafy składającej się na przedmiot zamówienia, to jak podniósł Odwołujący, obowiązkiem każdego z wykonawców było złożenie oferty zgodnej z brzmieniem SIWZ.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż w SIWZ Zamawiający nadał próbce charakter dychotomiczny, a to traktuje ją zarówno jako dokument, w rozumieniu przepisów

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i jednocześnie jasno wskazał, że próbka

będzie podstawą do oceny ofert. Jak zatem wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, przywołane zapisy SIWZ nakazują traktować próbkę jednocześnie jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i ofertę *sensu stricto.* Z uwagi na fakt, iż ustawodawca przewidział odmienne konsekwencje prawne w przypadku, gdy próbka stanowi dokument potwierdzający, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, a inne w przypadku, gdy stanowi ona treść oferty, decydującego znaczenia, zdaniem Odwołującego, nabiera przesądzenie charakteru próbki w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu próbka stanowi pewną materializację przedmiotu oferty, która ma służyć namacalnemu, empirycznemu zbadaniu cech i właściwości przedmiotu oferty. Prezentacja próbki, jak podał Odwołujący, może przyjąć postać oględzin zaoferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, działania mechanizmów oraz wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności. Tego rodzaju próbka, zdaniem Odwołującego, będzie miała charakter oferty, czy to wprost, czy też jako, tzw. dokument potwierdzający spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia.

W ramach przedmiotowego zamówienia, jak podał Odwołujący, prezentacja cech i właściwości próbki miała służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z siwz, sprawdzeniu jego poszczególnych parametrów i oceny przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a nadto zbadaniu, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom postawionym w SIWZ.

Zatem, w okolicznościach niniejszego postępowania ocena próbki, w ocenie Odwołującego, niezależnie od tego, czy wprost stanowi ona sposób złożenia oferty przez złożenie jej przedmiotu, czy też ma charakter dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań stawianych przez zamawiającego, ostatecznie prowadzi do stwierdzenia zgodności bądź braku zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ. Odwołujący podał, że jak przyjęła KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 506/15 *„(...) albo próbka służy, jako pewien wyznacznik cech punktowanych w ramach kryteriów i jest w takim wypadku materializacją przedmiotu oferty, albo - jeśli nie odzwierciedla ona tego przedmiotu - nie powinna być wcale traktowana, jako reprezentatywna do stwierdzania cech oferowanego przedmiotu, a w takim wypadku nie powinny też być przyznane w oparciu o nią punkty w kryteriach pozacenowych".*

Odwołujący podkreślił, iż wszyscy wykonawcy mają wyznaczony taki sam czas na przygotowanie swoich ofert, który kończy się wraz z upływem terminu składania ofert. Uzupełnienie próbki dostarczonego przez wykonawców produktu, niedopuszczalne w przypadku, gdy oferowany mebel nie spełnia wymagań zamawiającego, od których zależy przyjęcie oferty, stanowiłoby, zdaniem Odwołującego, w istocie naruszenie art. 82 ust. 1 oraz

---

84 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanymi przepisami, jak podał Odwołujący, wykonawca może złożyć jedną ofertę, a zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Poprawienie wadliwości próbki, stanowiłoby, zdaniem Odwołującego, obejście prawa i naruszenie zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zatem z dostarczonych przez wykonawców próbek wynika niezgodność mebla z wymaganiami Zamawiającego, to Zamawiający winien, w opinii Odwołującego, odrzucić ofertę tych wykonawców na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto, jak podkreślił Odwołujący, skoro w niniejszym postępowaniu z dostarczonych próbek mebli miała wynikać deklaracja wykonawcy co do oferowanych produktów, a zatem stanowiły one element oświadczenia woli wykonawcy, to nie podlegały one uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1496/13 przyjęła, iż: *„Próbka stanowić może dokument przedmiotowy w ujęciu przepisu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) i będzie wówczas podlegać uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. W takiej sytuacji jej rolą jest umożliwienie zamawiającemu skonfrontowania postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w SIWZ właściwościami. Należy jednak zauważyć, że próbka może służyć również ocenie jakości określonych właściwości, stanowiąc kryterium oceny ofert. W takiej sytuacji trzeba ją uznać za element oferty niepodlegający uzupełnieniu, a ewentualnie wyjaśnieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p".*

Odwołujący wskazał, również, że w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1807/13 podano, że: *„Nieistotne jest użycie literalnie słowa: „próbki", czy też innego określenia, gdyż konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno - jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego".*

Podobnie stanowisko, jak podał Odwołujący, zajęła Izba w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1320/13 przyjmując, iż: *„Konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy wzoru do oferty. Inny będzie status próbki, gdy był on wymagany wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy jakościowego (np. oceny, czy oferowany system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności), a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania*

przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty (niekompletnej) o brakujący element, co prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie p.z.p. zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione".

Jak zauważył Odwołujący, stanowisko powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 17 września 2008 r. w sprawie o sygn. akt: KIO /UZP 919/08, przesądzając, iż: *„Inny będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione".*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, iż próbka wymagana przez Zamawiającego stanowiła podstawę do oceny ofert w ramach kryteriów jakościowych postępowania, a co za tym idzie, należy ją zakwalifikować jako część oferty. Zdaniem Odwołującego, charakter próbki w niniejszym postępowaniu wskazuje, iż mamy do czynienia z elementem opisu przedmiotu zamówienia, a nie oświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie w takim przypadku art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby, w ocenie Odwołującego, do naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp, bowiem w istocie sprowadzałoby się do uzupełnienia treści oferty, w zakresie, w jakim gwarantować miałaby ona wykonanie zamówienia w sposób zgody z oczekiwaniami Zamawiającego. W konsekwencji powyższego, zdaniem Odwołującego, próbka ta nie podlega trybowi uzupełnień, przewidzianemu w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto jej niezgodność z warunkami postępowania musi prowadzić do odrzucenia oferty.

Niewątpliwie, jak podkreślił Odwołujący, skoro Zamawiający przesądził, iż próbka jako załącznik do oferty jest składana w celu oceny oferowanego przez wykonawcę asortymentu, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert, a nadto w ramach kryterium jakościowego, na podstawie oceny dostarczonych próbek, zamawiający przyznawał punktację, która miała znaczny wpływ na wynik procedury przetargowej, to niezgodność tak rozumianej próbki z SIWZ stanowiła o obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty i niemożliwości uprzedniego wezwania do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, zarówno wykonawca Office Plus jak i

Lucjan złożyli ofertę niezgodną z treścią SIWZ w zakresie szafy z szufladami SZ8. Skoro Zamawiający w zakresie ww. mebla wymagał, aby mebel był wykonany z płyty wiórowej o grubości mebla 18 mm (za wyjątkiem dna i tyłu szuflad), a plecy tylne szafy z płyty meblowej,

a także wymagał wpuszczenia tylnej ściany w stosunku do korpusu szafy w wyfrezowane rowki zarówno w bokach, jak i w wieńcach szafy, to wykonawcy, którzy zaoferowali ww. szafę o innej grubości, o plecach tylnych wykonanych nie tylko z płyty meblowej, a także, której ściana tylna została wpuszczona w wyfrezowane rowki jedynie w bokach szafy, to w ocenie Odwołującego, Office Plus i Lucjan - złożyli oferty niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi SIWZ, a niezgodność ta ma charakter istotny. Zatem, oferty wykonawców Office Plus i Lucjan, w ocenie Odwołującego, winny zostać odrzucone, na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, jak podkreślił Odwołujący, zarówno wykonawca Office Plus, jak i Lucjan zaoferowali szafę SZ8, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca Lucjan próbował negocjować treść SIWZ z Zamawiającym, jednak bezskutecznie, co za tym idzie, zdziwienie Odwołującego budzi niedostrzeżenie niezgodności przez Zamawiającego, skoro pismo wykonawcy Lucjan faktycznie zwracało uwagę na te uchybienia.

Zatem, w ocenie Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wadliwie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus, a także wykonawcy Lucjan jako niezgodnych z SIWZ, a w konsekwencji powyższego nieprawidłowo dokonał wyboru oferty Office Plus jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak zauważył Odwołujący, nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem możliwości poprawienia niezgodności oferty z SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym zastrzeżeniem, jak podał Odwołujący, zamawiający poprawia w ofercie omyłki inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Dalej Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp nie ustaliła definicji własnej pojęcia „oferta", w związku z czym, na mocy art. 14 ustawy Pzp, zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 § 1 k.c. Oświadczenie woli, jak podał Odwołujący, stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy. Zindywidualizowany przedmiot dostawy stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jej *essentialia negotii.* W ocenie Odwołującego, próbki składały się w rzeczywistości na treść oferty wykonawcy, rozumianej jako oświadczenie woli, wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia, albowiem odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu

zobowiązania wykonawcy, dookreślają i uszczegóławiają jego zakres (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 426/16).

W niniejszym zamówieniu, jak podkreślił Odwołujący, próbki według treści SIWZ stanowiły załącznik do oferty. Dodatkowo, jak podał Odwołujący, po modyfikacji w części II lit. 3 SIWZ, w zakresie kryteriów oceny ofert dla części I, II, III, Zamawiający wskazał, iż *„wykonanie i montaż zabudowy meblowej przez wykonawcę w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być tożsame z próbnymi egzemplarzami przedstawionymi przez wykonawcę i zaakceptowanymi przez Zamawiającego w ramach przeprowadzonego postępowania tj. meble dostarczone po podpisaniu umowy mają być zgodne z próbkami mebli dostarczonymi wraz z ofertą".*

Zamawiający zatem jednoznacznie określił, jak zauważył Odwołujący, iż przedmiot dostawy musi być zgodny z tym, którego użyto dla zaprezentowania w postaci próbki, w zakresie użytych materiałów, wymiarów czy określonych cech, których Zamawiający wymaga wobec przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający przesądził o tożsamości próbki z przyszłym przedmiotem dostawy, a wnioski wyciągnięte na podstawie próbki miały być właściwe dla mebla, będącego przedmiotem dostawy, w zakresie spełniania bądź niespełniania, wskazanego przez Zamawiającego katalogu wymagań.

Odwołujący podniósł, że skoro intencją Zamawiającego było oczekiwanie złożenia próbki jako przedmiotu w pełni zbieżnego z tym, który ma być następnie przedmiotem dostawy, to nie można przyjąć, że przedmiotem próbki może być przedmiot odbiegający w takim czy innym zakresie od wymagań stawianych w treści SIWZ.

Poprzez złożenie oferty, jak zauważył Odwołujący, rozumie się faktycznie

zaoferowanie danego przedmiotu, tj. wskazanie w oświadczeniu tego, co oferuje wykonawca poprzez podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot według wytycznych zamawiającego. Dopiero w ten sposób wykonawca oświadcza, co faktycznie oferuje. Wskazanie przez wykonawcę modelu/symbolu produktu stanowi, jak podkreślił Odwołujący, oświadczenie wykonawcy dotyczące tego, co będzie przedmiotem przyszłej umowy. Takie oświadczenie wykonawcy, zdaniem Odwołującego, wiąże zarówno tego wykonawcę, jak i zamawiającego. Zatem, w ocenie Odwołującego, przy brzmieniu SIWZ takim, jak w niniejszej sprawie, przedmiot próbki winien w pełnym zakresie odpowiadać przedmiotowi zamówienia, bowiem w całości stanowił on element oferty. Na podstawie złożonej w postępowaniu próbki, jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający wnioskował o jakości zaoferowanego mebla.

Odwołujący podniósł również, iż to po stronie wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty z zachowaniem należytej staranności, wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Oferta, jak podkreślił Odwołujący, w swej warstwie merytorycznej musi

odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ, Zamawiający bowiem nie może udzielić zamówienia podmiotowi, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty, zdaniem Odwołującego, możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiejkolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.

Przyjęcie możliwości dostarczenia próbki niezgodnej z wymaganiami SIWZ faktycznie, zdaniem Odwołującego, prowadziłoby do zaoferowania mebla niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Takie zachowanie nie daje Zamawiającemu żadnej pewności co do tego, jaki asortyment otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Niewątpliwie, w ocenie Odwołującego, w takim przypadku niemożliwa byłaby weryfikacja oferty, co do zgodności z SIWZ, co dawałoby zupełną dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy.

Odwołujący podał, że jak przyjęła KIO w wyroku z dnia 25 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 384/16: *„Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków siwz, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów granicznie wymaganych, oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia, należyte dookreślenie oferowanego przedmiotu zamówienia”.*

W niniejszym postępowaniu, jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający wymagał złożenia próbek oferowanych produktów w celu zbadania zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ, a także oceny ich jakości. Ww. próbki, zdaniem Odwołującego, stanowiły treść oferty i źródło informacji o oferowanych produktach.

Zaoferowana przez wykonawcę Office Plus i wykonawcę Lucjan szafa SZ8, w ocenie Odwołującego, nie spełnia wymagań Zamawiającego stawianych w SIWZ. Zatem, skoro zarówno Office Plus, jak i Lucjan wskazali w swoich ofertach szafę, która nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów, to wykonawcy ci złożyli w tym zakresie ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ. Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, iż niezgodność oferty Office Plus, a także oferty Lucjan z treścią SIWZ jest w niniejszym przypadku oczywista, a tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez

zaniechanie odrzucenia ww. ofert należy uznać za uzasadniony. Odwołujący wskazał, iż dla odrzucenia oferty wystarczy, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia wystąpiła chociaż jedna podstawa do jej odrzucenia (wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 464/16).

Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ramach realizacji celów ustawowych, tj. efektywnego gospodarowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do jego wykonania, nie podjął właściwych czynności, aby przeprowadzić rzeczone postępowanie na zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący, jak podał, przedstawiał Zamawiającemu swoje wątpliwości, wskazywał niezgodności złożonych ofert z SIWZ, jednak nie otrzymał żadnej odpowiedzi na swoje pisma. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny ofert nie zbadał, czy wykonawcy spełniają wymogi określone w SIWZ. Zamawiający będąc zobowiązany do zapewnienia uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania zamówienia był równocześnie zobligowany, jak podkreślił Odwołujący, do troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi i zweryfikowania złożonych próbek. Naruszenie przepisów ustawy Pzp i SIWZ przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przez istotność wpływu należy rozumieć doniosłość, ważność i dopuszczalność dokonanych naruszeń, które stanowią pewien próg czy też granicę przy przekroczeniu, której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami zamówień publicznych (wyrok KIO z 31 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 136/12).

W ocenie Odwołującego, postępowanie Zamawiającego było sprzeczne z efektywnym i racjonalnym gospodarowaniem środkami publicznymi. Odwołujący podał, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zakresie części I kwotę 1.757.955,21 zł, natomiast wykonawca Office Plus, który został wybrany złożył ofertę na wykonanie części I na kwotę 1.754.057,49 zł, a Odwołujący na kwotę 1.507.860,69 zł.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (j.t. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870), zwaną dalej „ufp", jednostki sektora finansów publicznych (Zamawiający jest jednostką budżetową) mają obowiązek postępować zgodnie z art. 44 ust. 2, 3 i 4 ufp, gdzie są sprecyzowane podstawowe zasady dysponowania i wydatkowania środków publicznych. Zgodnie z art. 44 ust. 2, 3 i 4 ufp: *„Jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w*

sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków *służących osiągnięciu założonych celów, 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej."*

W ocenie Odwołującego, wydatki związane z przedmiotowym postępowaniem powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, w aspekcie uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zamawiający dokonał wyboru oferty Office Plus co do części I jako najkorzystniejszej i jako spełniającej wymagania stawiane w SIWZ, choć w ocenie Odwołującego, oferta ta była sprzeczna z SIWZ oraz była ofertą znacząco droższą niż oferta Odwołującego. Popełnione przez Zamawiającego błędy, zdaniem Odwołującego, były istotne i miały wpływ na wynik postępowania, a wybrana oferta była o kilkaset tysięcy droższa niż oferta Odwołującego.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający w SIWZ określił kryteria oceny ofert dla I części zamówienia. Przy wyborze oferty Zamawiający przyjął jako kryteria: cenę 25 %, jakość wykonania 50%, okres gwarancji 25%. Kryterium jakościowe było więc, zdaniem Odwołującego, bardzo istotnym czynnikiem mającym wpływ na ocenę złożonych ofert. Kryterium jakości (50 pkt), jak podał Odwołujący, w zakresie oceny punktowej miało zostać dokonane na podstawie asortymentu przedstawionego przez wykonawcę, po dostarczeniu próbki asortymentu dla poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia. W trakcie badania próbek każdy z członków komisji przetargowej, powołanej przez Zamawiającego, jak wyjaśnił Odwołujący, miał dokonać oceny próbki poszczególnego mebla, przyznając według uznania ilość punktów, biorąc pod uwagę kryteria szczegółowo opisane w SIWZ. Następnie, Zamawiający miał udzielić zamówienia wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za

najkorzystniejszą. Natomiast zgodnie z SIWZ, jak podał Odwołujący, za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach „ceny", „jakości wykonania", „okresu gwarancji". Ocena punktowa kryterium „ceny" dokonana miała zostać na podstawie łącznej ceny ofertowej brutto określonej przez wykonawcę, kryterium „jakość" miała zostać oznaczona na podstawie oceny asortymentu Wykonawcy, a kryterium „gwarancji" na podstawie oświadczenia wykonawcy o oferowanym okresie gwarancji na przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż na podstawie przepisu art. 21 ust. 4 ustawy Pzp do dokonania określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w wypadku, gdy wymagane byłyby wiadomości specjalne kierownik Zamawiającego z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej

---

może powołać biegłych. W przedmiotowym postępowaniu, jak wyjaśnił Odwołujący, nie zostali przez Zamawiającego powołani żadni biegli, choć w poprzednich postępowaniach dotyczących dostawy tożsamego przedmiotu zamówienia każdorazowo zawsze byli oni powoływani. W tym wypadku brak powołania biegłych czy też biegłego doprowadził, zdaniem Odwołującego, do braku odrzucenia ofert złożonych przez Office Plus i Lucjan jako niezgodnych z SIWZ, czy też wadliwej oceny w zakresie przyznawanych punktów przez poszczególnych członków komisji przetargowej Zamawiającego.

Tym bardziej niezrozumiałym, w ocenie Odwołującego, wydaje się brak powołania jakiegokolwiek biegłego, rzeczoznawcy, czy osoby posiadającej specjalistyczną wiedzę w celu oceny kryterium „Jakości wykonania", skoro zgodnie z SIWZ właśnie za to kryterium było przyznawanych aż 50% ogólnej wagi, to jest 50 punktów. Oczywistym dla Odwołującego jest kwestia, że decyzję w zakresie powołania biegłego należy do swobodnego uznania kierownika Zamawiającego i nie było w tym zakresie takiego obowiązku, jednak w celu zapewnienia obiektywizmu i równego traktowania wszystkich wykonawców oraz przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i bezstronny, z uwzględnieniem specjalistycznej wiedzy, było co najmniej wskazane, a powołanie biegłego ograniczyłoby błędy w ocenie komisji przetargowej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał niezrozumiałego, jego zadaniem, rozróżnienia w zakresie ilości przyznawanych punktów, gdyż dla części II zostały przyjęte już zupełnie inne kryteria, gdzie przy kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 93.990,45 zł, przyjął kryterium „ceny" na 60%, „Jakości wykonania" - 15%, „okres gwarancji" - 25% i tak samo w przypadku III części zamówienia, na którą zamierzał przeznaczyć kwotę 331.643,31 zł.

Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, było nielogiczne i niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego, gdyż wszyscy zamawiający w przypadku zamówień, na które zamierzają przeznaczyć najwięcej środków, kryterium „ceny" czynią najważniejszym czynnikiem. W przedmiotowym postępowaniu, jak zauważył Odwołujący, jedynie w stosunku do części I Zamawiający postąpił dokładnie odwrotnie, gdzie cena była mało znaczącym czynnikiem, gdyż za podstawowe kryterium oceny przyjął „jakość wykonania". W stosunku do części II, gdzie wartość przeznaczonych środków była 17-krotnie mniejsza od części I, to cena była najważniejszym kryterium i stanowiła aż 60 % oceny. W wypadku części III, gdzie wartość przeznaczonych środków była 5-krotnie mniejsza od części I, cena była również najważniejszym kryterium i stanowiła aż 60 % oceny.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, mogło być spowodowane zamiarem faworyzowania w zakresie I części zamówienia danego Wykonawcy, jakim w ocenie Odwołującego był Office Plus. Oferta została jako tego Wykonawcy wybrana najkorzystniejsza, choć przedstawił on, zdaniem Odwołującego, próbki niezgodne z SIWZ (o

---

czym informował Odwołujący Zamawiającego, jednak w tym zakresie nie otrzymał żadnej odpowiedzi, a w dokumentami przetargowej brak jest wzmianki, że szafa z szufladami SZ8 dostarczona przez Office Plus była w ogóle mierzona).

Zdaniem Odwołującego, każdy z oferentów przedstawił praktycznie tak samo stabilne próbki, jednak to tylko przedstawione przez Office Plus próbki otrzymały od poszczególnych członków komisji przetargowej praktycznie maksymalne ilości punktów, co ostatecznie spowodowało, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, choć pod względem

ceny była o kilkaset tysięcy droższa niż pozostałe oferty. Niewątpliwie, w ocenie Odwołującego, wpływ na stabilność próbki szafki przedstawionej przez Office Plus miało zastosowanie niewłaściwego i sprzecznego z wymaganiami SIWZ dodatkowego mocowania w postaci płyty metalowej na tylnych plecach szafki.

W opinii Odwołującego, wszystkie stoły S17 dostarczone przez oferentów są tak samo stabilne. Wszystkie, jak podał Odwołujący, są wykonane z takich samych profili stalowych, w każdym elementy stelaża są spawane (jednak spawy w próbkach Office Plus i Lucjan są bardzo nieestetyczne), więc nie ma możliwości jakichkolwiek luzów, kiwania się, we wszystkich biurkach stelaże są przykręcane do blatów na złącza metryczne oraz są wyposażone w stopki z regulacją poziomu. Jeśli jakikolwiek ze stołów kiwałby się, to zdaniem Odwołującego, wynikać to może z nierówności podłogi i/lub braku wyregulowania stopki, na zainstalowanej w niej regulacji.

Zdaniem Odwołującego, komisja przetargowa w indywidualnych kartach oceny w zakresie próbki stołu S17 zaoferowanego przez Office Plus powinna zmniejszyć o 4 pkt wartość przyznanych punktów z powodu zastosowanych spawów, które są całkowicie nieestetyczne. Natomiast, Lucjan powinien uzyskać łącznie 8 pkt mniej z powodu braku estetyki przedstawionej próbki stołu S17, z uwagi na użyte nieestetyczne spawy (4 pkt), jak i za ciężko pracujące bolce do regulacji (4 pkt).

W ocenie Odwołującego, gdyby jego próbki zostały właściwie i prawidłowo ocenione, to powinien on uzyskać łącznie 98,44 pkt, w tym z tytułu ceny miałby 23,44 pkt, z tytułu jakości wykonania 50 pkt, a udzielonej gwarancji 25 pkt. W takim wypadku oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający, będący jednostką sektora finansów publicznych, jak podał Odwołujący, dokonał wyboru oferty Office Plus, choć była to oferta zdecydowanie najdroższa, a jej wysokość różniła się jedynie o ok. 2.000,00 zł od kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, gdyż była to kwota 1.757.955,21 zł. Office Plus zaoferował najdroższą ofertę na kwotę 1.754.057,49 przy tożsamych warunkach gwarancji, jakie udzielili wszyscy oferenci. Office Plus pomimo, że złożył próbkę niezgodną z SIWZ, o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego przed rozstrzygnięciem ofert, to nie dokonano żadnych pomiarów przedstawionej przez niego próbki szafki SZ8, nie sprawdzono,

---

czy zastosował niezgodne z SIWZ, rozwiązanie dotyczące pleców tylnych szafki, a następnie bezpodstawnie zawyżono ocenę jakościową przedstawionych przez niego próbek w zakresie jakości wykonania i stabilności. Cały ten ciąg czynności i faktów spowodował, jak podał Odwołujący, wybór oferty Office Plus jako najkorzystniejszej, choć była to oferta zdecydowanie najdroższa.

Tym samym, jak podkreślił Odwołujący, to niezrozumiałe zróżnicowanie kryteriów pozwoliło Zamawiającemu wybrać ofertę najdroższą jako najkorzystniejszą, a dodatkowo oferta ta uzyskała zawyżone oceny w stosunku do faktycznej jakości wykonania, o czym świadczy fakt, iż szafka SZ8 została oceniona najwyżej, choć pod względów szerokości oraz techniki mocowania pleców tylnych szafki diametralnie różniła się od wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ. Powyższe wskazuje, w opinii Odwołującego, iż dokonano oceny dowolnej i skrajnie subiektywnej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był, jak w poprzednich postępowaniach, uzyskać opinię biegłego sądowego czy też rzeczoznawcy w zakresie branży drzewnej, dotyczące przedstawionego wyposażenia przez każdego z oferentów, gdyż nie posiadał w tym zakresie wiedzy specjalistycznej, czego jednak nie uczynił, a co spowodowało, że złożone wraz z ofertami próbki były oceniane zupełnie dowolnie i oceny znacząco różniły się w zakresie poszczególnych kryteriów co do każdego z oferentów. Na przykład wpływ na nieprawidłową ocenę stabilności danej próbki przedstawionej przez Odwołującego mogła mieć, zdaniem Odwołującego, niewiedza części członków komisji, że zawierają one możliwość ich regulowania, co ma sprzyjać funkcjonalności ich późniejszego użytkowania podczas eksploatacji.

Odwołujący zarzucił, że niewłaściwie została oceniona dostarczona przez niego próbka stołu S17 i szafka SZ8 w zakresie stabilności mebla czy estetyki wykonania. Przykładowo, jak podał, część członków komisji przyznawała maksymalną ilość punktów (4 pkt) za prace mechanizmów zamykających drzwi i szuflady, natomiast część członków komisji twierdziła, iż poruszają się one z wysiłkiem i nie przyznała z tego tytułu żadnych punktów. Na zupełną dowolność oceny wskazuje, w opinii Odwołującego, sposób oceny

połączenia materiałów w zakresie szafki SZ 8, gdzie praktycznie cała komisja przyznała Odwołującemu maksymalną ilość punktów (4 pkt), natomiast jeden z członków nie przyznał próbce Odwołującego żadnych punktów.

Gdyby próbki Odwołującego, to jest stół S17 i szafka SZ8 były ocenione prawidłowo przez członków komisji przetargowej jako stabilne, gdyż takie w rzeczywistości były, oraz w zakresie estetyki wykonania, wówczas jego oferta, jak podał Odwołujący, byłaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tak duże rozbieżności w zakresie ocen opisane powyżej wskazują, zdaniem Odwołującego, na zupełną dowolność i subiektywność dokonywanej oceny. Gdyby był powołany biegły wówczas, jak podkreślił Odwołujący, z pewnością dostrzegłby

niezgodność próbek złożonych przez Office Plus i Lucjan z SIWZ i dokonał prawidłowej, obiektywnej weryfikacji przedstawionych próbek. Odwołujący nie zgadza się z takim sposobem oceniania przez komisję i w jego opinii, próbki złożonych przez niego mebli były stabilne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że komisja natomiast bardzo wysoko oceniła stabilność, dbałość o wykończenie, czy sposób połączenia elementów biurka, zaoferowanego jako próbka przez Office Plus, choć już sama dokumentacja zdjęciowa dołączona do odwołania wskazuje, iż biurko, np. zostało wykonane bardzo niedbale w zakresie jego estetyki czy sposobu połączenia materiałów. Odwołujący uważa, że jego próbki były estetyczne oraz stabilne i w tym zakresie przedstawił na rozprawie dokumentację zdjęciową oraz film w zakresie porównania złożonych przez poszczególnych Wykonawców próbek.

Odwołujący podniósł, że w przypadku pozacenowych kryteriów oceny ofert, a zwłaszcza kryteriów jakościowych, szczególnie istotnym jest, aby ocena w każdym przypadku była rzetelna i poddawała się weryfikacji zarówno wykonawcy, który ma prawo zakwestionować ją w drodze odwołania, jak i Izby, która w toku postępowania odwoławczego dokonywać ma oceny prawidłowości działań Zamawiającego. Z tych przyczyn, jak podkreślił Odwołujący, ocena jakościowa oferty Wykonawcy powinna być przez Zamawiającego uzasadniona, a zastosowanie kryterium jakościowego nie może stanowić przyzwolenia na dokonywanie ocen arbitralnych, pozbawionych uzasadnienia w treści stosowanego kryterium oceny.

W niniejszej sprawie, Zamawiający w ramach ustawowych obowiązków, nie dokonał, zdaniem Odwołującego, równej oceny spełnienia przez oferty każdego z wykonawców wymagań i warunków, w aspekcie spełnienia kryteriów zawartych w SIWZ, na podstawie przedłożonych przez każdego z wykonawców próbek, a postępowanie nie było prowadzone w sposób przejrzysty. W opinii Odwołującego, postępowanie nie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego zgodnie z zasadą bezstronności i obiektywizmu, a to po myśli art. 17 ustawy Pzp, a w przypadkach, gdy wymagana była wiedza specjalna, nie został powołany przez Zamawiającego biegły sądowy czy też rzeczoznawca.

Zamawiający dokonując oceny ofert nie zbadał, zdaniem Odwołującego, czy wykonawcy spełniają wymogi określone w ustawie oraz SIWZ i mógł w tym zakresie żądać od wykonawców wyjaśnień, dotyczących złożonych ofert. Zamawiający będąc zobowiązany do zapewnienia uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania zamówienia był równocześnie zobligowany do troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, należytego zbadania próbek i ich oceny, czego jednak, w opinii Odwołującego, nie uczynił. W ocenie Odwołującego, w stosunku do Office Plus i Lucjan zachodziły przesłanki do odrzucenia złożonych przez nich ofert, gdyż załączone próbki nie spełniały warunków przedmiotowych określonych w SIWZ. Zamawiający nie przeprowadził postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wymogami SIWZ, w której określił swoje potrzeby i wymagania w sposób jasny, wyraźny, z uwzględnieniem celu ich wprowadzenia w SIWZ. W ocenie Odwołującego, niezgodności między SIWZ a ofertami złożonymi przez Office Plus i Lucjan miały charakter obiektywny, a błędy miały charakter istotny.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Office Plus i Lucjan stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana, zdaniem Odwołującego, w rozumieniu, m.in. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993

r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie w art. 3 wskazano, iż *„czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy”.*

Złożenie przez wykonawców próbek niezgodnych z wymaganiami SIWZ powinno być potraktowane, w ocenie Odwołującego, jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zostały przedstawione próbki mebli, których rzeczywisty koszt wytworzenia jest znacznie niższy niż pozostałych wykonawców, a w szczególności Odwołującego. Działanie ww. było, w ocenie Odwołującego, w tym zakresie umyślne i zamierzone, gdyż jest oczywistym, że koszt wytworzenia mebla z zastosowaniem innych grubości materiałów (w tym przypadku o ponad połowę węższych niż wymagane w SIWZ) wpływa znacząco na koszty produkcji i rzutuje na jego ostateczną cenę, gdyż meble przedstawione przez Office Plus (szafka SZ8) jako wykonane z płyty 8 mm, są znacznie tańsze niż wytworzone z materiałów żądanych w SIWZ o grubości 18 mm. Odwołujący podkreślił, że zastosowane rozwiązanie jest znacznie mniej wytrzymałe i nie gwarantuje bezpiecznego przechowywania w meblach, np. wypełnionych aktami segregatorów, na czym z pewnością zależało Zamawiającemu. Jest to dodatkowo, jak podkreślił Odwołujący, rozwiązanie znacznie tańsze pod względem kosztów użytych do produkcji materiałów, co ma także niebagatelny wpływ na cenę. Inni oferenci, jak podał Odwołujący, przedstawili próbki właściwe pod względem wymaganej w SIWZ grubości.

Próbka przedstawiona przez Lucjan, jak wyjaśnił Odwołujący, wykonana została w technologii polegającej na wpuszczeniu pleców szafy w rowki jedynie w bokach szafki, bez nafrezowania wieńców szafy, co było spowodowane względami ekonomicznymi, gdyż takie rozwiązanie jest znacznie tańsze w produkcji poprzez mniejszą pracochłonność co finalnie wpływa na cenę oferowanego mebla. Taki mebel, jak podał Odwołujący, jest tańszy niż mebel w stosunku, do którego konieczne jest podjęcie szeregu działań związanych z jego nafrezrowaniem i montażem. Zdaniem Odwołującego, Lucjan przedstawił mebel wykonany w tańszej technologii niż inni oferenci jedynie w celu wyeliminowania konkurencji i pozyskania zamówienia w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami. Takie działanie Lucjan powodowało, zdaniem Odwołującego, iż w zakresie części I złożył on ofertę na kwotę

1.414.041,21 zł.

Odwołujący podał, że każdy z ww. wykonawców przedstawił próbki, które były mniej wytrzymałe, tańsze w zakresie kosztów ich wytworzenia, a zastosowane oszczędnościowe rozwiązania pozwalały na ich szybsze i tańsze wyprodukowanie. Natomiast Odwołujący, w jego ocenie, przedstawił spełniające wymagania w SIWZ próbki.

Czynem nieuczciwej konkurencji, jak podniósł Odwołujący, jest więc każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (wyrok SA z dnia 20 luty 2008 r., sygn. akt: I ACa 93/08). Odwołujący podał również, że zzyn nieuczciwej konkurencji zostaje popełniony nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, ale także w przypadku jedynie zagrożenia tym interesom, a więc zanim jeszcze dojdzie do wyrządzenia szkody (wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 października 2005 r., sygn. akt: I ACa 230/05).

Zdaniem Odwołującego, rzeczeni wykonawcy celowo zaoferowali próbki niespełniające wymogów SIWZ, których rzeczywisty koszt wytworzenia był znacznie niższy niż innych oferentów, celowo zastosowali węższe materiały czy tańsze technologie, w celu nieuczciwego pozyskania zamówienia, gdzie ich próbki w aspekcie kosztów materiałowych wytworzenia i stosowanych technologii wpływały na zmniejszenie ceny, co miało na celu utrudnienie innym konkurentom pozyskanie zamówienia, a takie działanie było niewątpliwie czynem nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, wykonawcy Office Plus i Lucjan nie zachowali staranności zawodowej w zakresie prowadzonej działalności wykonywanej przez przedsiębiorców przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności zgodnie z art. 355 k.c, a każdy podmiot wykonujący działalność gospodarczą i będący przedsiębiorcą jest zobowiązany do przestrzegania reguł uczciwego obrotu, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

W opinii Odwołującego, Zamawiający nie zachował fundamentalnej zasady w zakresie udzielania zamówienia publicznego, przewidzianej w art. 7 ustawy Pzp, a to zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania każdego z wykonawców. Zdaniem Odwołującego, w przywołanych okolicznościach niniejszej sprawy zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty złożonej przez Office Plus i Lucjan, a

następnie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Office Plus. W ocenie Odwołującego, każdy z ww. wykonawców nie spełnił wymagań SIWZ, stąd wobec każdego z nich zachodziły przesłanki do odrzucenia jego oferty. Takie działanie Zamawiającego naruszało zasady uczciwej konkurenci oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym, w ocenie Odwołującego, rażącą obrazę art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego, Zamawiający nie traktował jednakowo każdego z

wykonawców w myśl zasady równego traktowania i nie stosował tej samej miary do każdego z wykonawców na każdym etapie postępowania. Zamawiający nie dokonał równej oceny spełnienia przez oferty każdego z wykonawców tj. Office Plus i Lucjan wymagań i warunków, w aspekcie spełnienia kryteriów zawartych w SIWZ, na podstawie przedłożonych przez każdego z wykonawców próbek, a postępowanie w tym zakresie nie było prowadzone w sposób przejrzysty.

Wydaje się, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający, w sposób co najmniej mało skrupulatny dokonywał badania przedstawionych przez ww. wykonawców próbek, jak to wynika z protokołów komisji przetargowej. Zamawiający nie przeprowadził, jak podkreślił Odwołujący, właściwej weryfikacji złożonych próbek, w tym w szczególności z udziałem osób posiadających wiedzę specjalną (np. biegłych, uprawnionych rzeczoznawców) ,co skutkowało niewłaściwą oceną, m.in. w zakresie wymiarów mebli, ich parametrów, właściwości użytkowych, estetyki wykonania, jakości, stabilności mebla, sposobu połączenia materiałów.

Zastosowanie zasady równego traktowania, jak podał Odwołujący, oznacza stosowanie jednakowej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, czego Zamawiający nie uczynił, stąd postępowanie nie było prowadzone w sposób przejrzysty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W Załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawarł szczegółowe dane dotyczące zamawianych towarów.

W odniesieniu do stołu oznaczonego symbolem S17 Zamawiający zawarł następujący opis:
„Stelaż stołu to konstrukcja metalowa. Kolumna nogi stołu wykonana z profilu o wymiarach 60x30 mm. Dwie kolumny nogi spawane za pomocą profilu 60x30 mm. Dwie pary nóg połączone dwiema belkami podblatowymi wykonanymi z profilu 50x25 mm. Jedna z belek ze specjalnym wygięciem - system umożliwiający wsunięcie siedziska z podłokietnikami pod biurko, gwarantujący więcej miejsca na nogi użytkownika, umożliwiający montaż półki pod klawiaturę tuż pod blatem biurka. Połączenie belki z nogą za pomocą aluminiowego detalu rozprężnego. Pomiędzy nogą biurka a blatem przerwa 13 mm. Połączenie w środku *profilu. Nie dopuszcza się widocznego połączenia skręcanego czy też spawanego. Biurko posiada regulację wysokości w zakresie od 620 mm do 820 mm. Nie dopuszcza się regulatora plastikowego jako elementu regulacji wysokości biurka. Regulacja odbywa się na zasadzie przenikania kolumny nogi w mniejszy profil mechanizm sprężynowo zapadkowy umieszczony jest w kolumnie nogi. Regulacja wysokości bez użycia dodatkowych narzędzi. Cała konstrukcja malowana proszkowo na kolor biały. Blat wykonany z płyty min 18 mm,*

max 25 mm wiórowej laminowanej fornirem syntetycznym w klasie higieniczności E1 o podwyższonej trwałości, w klasie odporności na ścieranie *3A zgodnie z normą DIN EN 14322 lub równoważną. Kolor biały. Wszystkie krawędzie blatu zabezpieczone doklejką z tworzywa sztucznego o grubości 2mm i promieniu r = 3 mm. Doklejka wtopiona w strukturę płyty za pomocą technologii laserowej - nie dopuszcza się klejenia obrzeża na klej. W blacie stołu zamontowane gwintowane gniazda metalowe -blat przymocowany do stelaża za pomocą* śrub." Wymiary przedmiotowego stołu miały być następujące: „Wysokość: *620 - 820 mm (regulowana wysokość)(+/-10 mm). Szerokość blatu: 600 mm (+/-10mm). Głębokość blatu: 1200 mm (+/-10mm).*

W odniesieniu do szafy oznaczonej symbolem S8 Zamawiający podał:

„Wymiary:
Wysokość: 770mm (razem z cokołem)(+/-10 mm). Szerokość: 800 mm (+/-10 mm).
Głębokość: 420 mm (+/-10 mm).
Opis:
Szafa aktowa z szufladami 2OH. Szafa na cokole wys.30 mm. Szafa wykonana z płyty wiórowej o grubości 18mm. Płyta wiórowa laminowana fornirem syntetycznym kolor biały, w klasie higieniczności E1 o podwyższonej trwałości w celu zapewnienia długotrwałego użytkowania wymaga się płyty o podwyższonej klasie ścieralności *3A zgodnie z normą DIN EN 14322 lub równoważne. Plecy tylne szafy wykonane z płyty meblowej o grubości nie cieńszej niż 6 i nie grubszej niż 8mm, dwustronnie laminowane fornirem syntetycznym w kolorze korpusu,* ściana *tylna wpuszczona w stosunku do korpusu szafy, w wyfrezowane rowki w bokach i wieńcach szafy. Usłojenie wszystkich elementów płytowych mebla były skierowane wzdłuż dłuższych krawędzi. Krawędzie elementów płytowych mebla (również niewidoczne) zabezpieczone doklejką z tworzywa sztucznego o grubości 2 mm i promieniu r=3 mm. Nie dopuszcza się mocowania doklejki do płyty na klej. Ze względu na trwałość połączenia wymaga się aby doklejka była wtopiona w strukturę płyty za pomocą technologii laserowej. Z uwagi na trwałość konstrukcji wymagane jest jej sklejenie, nie dopuszcza się stosowania złączy mimośrodowych. Wyposażenie to dwie szuflady skrzyniowe na prowadnicach z funkcją cichego domyku. Cokół wykonany z metalu lakierowanego proszkowo w kolorze szarym. Cokół wyposażony jest w regulatory zapewniające poziomowanie w zakresie 15 mm. Poziomowanie odbywa się po zamontowaniu cokołu do szafy od wewnątrz szafy za pomocą jednego klucza imbusowego. UWAGA: Szafki o symbolach SZ6, SZ7 i SZ8 stojące obok siebie należy połączyć wspólnym wieńcem, zgodnie z rysunkiem."*

Pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. Zamawiający na pytanie nr 35: *„SZAFA – SYMBOL SZ5D, SZAFA – SYMBOL SZ5E, SZAFA - SYMBOL SZ5F, SZAFA – SYMBOL SZ8, dot.*

---

szaf z płyty meblowej z szufladami: z uwagi na konstrukcję prowadnic i okuć do szuflad wysuwnych czy zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania płyty o grubości 16 mm innej grubości na dno i tył szuflad?", udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający dopuszcza zastosowanie płyty o grubości 16 mm lub innej grubości na dno i tył szuflad w szafach. Dotyczy: SZAFA – SYMBOL SZ5D, SZAFA – SYMBOL SZ5E, SZAFA - SYMBOL SZ5F, SZAFA – SYMBOL SZ8, dot. szaf z płyty meblowej z szufladami."*

W części II lit. B SIWZ Zamawiający wskazał, iż w zakresie części I zamówienia ustala następujące kryteria oceny ofert: cena – 25%, jakość wykonania – 50%, okres gwarancji – 25%. *„Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach. Najkorzystniejszą będzie oferta która spełnia wszystkie wymagania i otrzymała największą liczbę punktów wyliczonych w oparciu o podane kryteria wyboru ofert. Pozostałym wykonawcom spełniającym wymagania kryterialne przypisana zostanie odpowiednio mniejsza (proporcjonalnie mniejsza) liczba punktów. Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać i wprowadzać dodatkowych pozycji do oferty. Ocena punktowa w kryterium „Jakość" dokonana zostanie na podstawie oceny asortymentu Wykonawcy. W tym celu Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć próbki oferowanego asortymentu dla następujących pozycji:*

- *Stół – oznaczony symbolem S17 w Opisie przedmiotu zamówienia, tj. stół spełniający wymagania wskazane w załączniku nr 1 i posiadający wymiary blatu 600 mm x 1200mm (tolerancja w wymiarach +/-10 mm). (...)*
- *Szafka z szufladami – oznaczona symbolem SZ8 w Opisie przedmiotu zamówienia, tj. szafka spełniająca wymagania wskazane w załączniku nr 1 i posiadająca wymiary: wysokość 770 mm x szerokość 800 mm x głębokość 420 mm (tolerancja w wymiarach +/-2mm).*

Próbki stanowią załączniki do oferty i są składane w celu oceny oferowanego przez Wykonawcę asortymentu zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert. Próbki mają potwierdzać również zgodność złożonych próbek z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.
W trakcie badania próbek każdy z członków Komisji Przetargowej dokona oceny każdego mebla przyznając ilość punktów zgodnie z zasadami:
Stół (0 -16 pkt)

a) Estetyka wykonania = max 8 pkt
Ocenie podlegać będzie:
- *dbałość o wykończenie:*
  0 pkt -wykończenie niestaranne
  4 pkt - wykończenie staranne

- *gładka powierzchnia:*
  0 pkt - ostre krawędzie i niedoróbki
  4 pkt - gładka powierzchnia

b) Jakość wykonania = max 8 pkt
Ocenie podlegać będzie:
- *stabilność mebla:*
  0 pkt - brak stabilności, mebel przechyla się
  4 pkt - mebel stabilny i nie przechyla się
- *sposób połączenia materiałów:*
  0 pkt - widoczne ślady *klejenia, widoczne łączenia na krawędziach*
  4 pkt – niewidoczny sposób łączenia na krawędziach (...)

Szafka z szufladami (0 - 20 pkt)
a) Jakość wykonania = max 12 pkt
Ocenie podlegać będzie:
- *stabilność mebla:*
  0 pkt - brak stabilności, mebel przechyla się
  4 pkt - mebel stabilny i nie przechyla się
- *sposób połączenia materiałów:*
  4 pkt - widoczne ślady *klejenia, widoczne łączenia na krawędziach*
  4 pkt - niewidoczny sposób łączenia na krawędziach
- *praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady:*
  0pkt – zacinająca się praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady, poruszanie się z wysiłkiem
  4 pkt - płynna praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady, poruszanie się bez zacięć i bez wysiłku

b) Estetyka wykonania = max 8 pkt
Ocenie podlegać będzie:
- *dbałość o wykończenie:*
  0pkt - wykończenie niestaranne
  4 pkt - wykończenie staranne
- *gładka powierzchnia:*
  0 pkt - ostre krawędzie i niedoróbki
  4 pkt - gładka powierzchnia.

Punkty przyznane przez każdego członka Komisji Przetargowej dla każdego mebla z oferowanego asortymentu danego Wykonawcy zostaną zsumowane i podzielone przez liczbę członków Komisji Przetargowej dokonujących oceny. Tak otrzymane średnie

arytmetyczne zostaną zsumowane i otrzymana suma stanowić będzie liczbę punktów przyznanych ofercie w danym kryterium. Wyposażenie meblowe realizowane przez Wykonawcę w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być tożsame z próbnymi egzemplarzami przedstawionymi przez Wykonawcę i zaakceptowanymi przez Zamawiającego w ramach przeprowadzonego postępowa."

Wraz z ofertą wykonawca Lucjan przedłożył pismo z dnia 23 grudnia 2016 r., w którym uzasadnił zastosowanie rozwiązania równoważnego w odniesieniu do szafy oznaczonej symbolem SZ8, wskazując, że *„zastosowane rozwiązanie równoważne polega na zmianie grubości* ściany *tylnej szafy z 6 mm – 8 mm na 10 mm oraz zmianie sposobu wpustu* ściany *tylnej z* ścian *bocznych i wieńców na wykonaniu frezowanych wpustów w* ścianach *bocznych mebla. Szafa SZ8, została przez Zamawiającego opisana w taki sposób,*

że *jej tylna* ściana *winna posiadać grubość od 6 do 8 mm oraz być wpuszczona w nafrezowane rowki w bokach oraz wieńcach szafy. Na etapie sporządzania oferty, wykonawca zadał zamawiającemu pytanie związane ze zmianą grubości tej formatki. Zamawiający wyraził zgodę na zastosowanie formatki o grubości 10 mm. Dopuszczenie przez zamawiającego ww. zmiany, umożliwia wykonanie mebla wyższej jakości, to znaczy, uzyskania większej trwałości i wytrzymałości konstrukcji mebla, bez konieczności wykonywania nafrezowanych rowków w wieńcach szafy i osadzania w nich* ściany *tylnej. Zalecenie, co do stosowania takiej technologii przy produkcji mebli o konstrukcji wieńcowo – cokołowej z szufladami, wykonawca otrzymał od jednostki certyfikującej, na etapie wykonywania badań wytrzymałościowych tego typu mebli oraz wdrażania systemu certyfikacji mebli, przez Instytut Technologii Drewna – jedną z nielicznych krajowych instytucji, posiadających akredytację Polskiego Centrum Akredytacji".*

Z kart indywidualnej oceny ofert wynika, że wszyscy członkowie komisji przetargowej ocenili stół S17, oferowany przez Odwołującego jako niestabilny (0 pkt). W uzasadnieniu dokonywanej oceny użyto następujących określeń: *„mebel niestabilny, przechyla się", „brak stabilności", „kiwa się na boki".* Analogicznie wszyscy członkowie komisji przetargowej ocenili zaoferowaną przez Odwołującego szafę SZ8, wskazując, że: *„mebel niestabilny", „brak stabilności", „kiwa się na boki, otwarcie szuflad przechyla mebel", „przewraca się z otwartymi szufladami", „kiwa się na boki, po otwarciu szuflad przewraca się".*

Jeśli idzie o szafę SZ8, zaoferowaną przez Odwołującego, to w podkryterium „sposób połączenia materiałów" tylko jeden z członków komisji przetargowej przyznał 0 pkt z powodu tego, że blat znajduje się pomiędzy bokami szafy, pozostali przyznali maksymalną ilość. W

odniesieniu do „pracy mechanizmów zamykających drzwi i szuflady" trzech członków komisji przetargowej przyznało maksymalną ilość punków, zaś dwóch pozostałych punków nie przyznało punków wskazując, że *„porusza się z wysiłkiem".* Natomiast, jeśli idzie o „dbałość o wykończenie", to w tym podkryterium oceny członków komisji przetargowej były tożsame, żadna z osób nie przyznała Odwołującemu punków, wskazując m.in., że kolor krawędzi ma inny odcień od blatu oraz na niestaranność wykończenia.

W odniesieniu do stołu S17 oferowanego przez Przystępującego wszyscy członkowie komisji przetargowej dokonali zgodnej oceny w podkryterium „dbałość o wykończenie" i „sposób połączenia materiałów" przyznając maksymalną ilość punktów.

Natomiast, jeśli chodzi o stół S17 oferowany przez wykonawcę Lucjan to wszyscy członkowie komisji przetargowej dokonali zgodnej oceny w podkryterium „dbałość o wykończenie" i „sposób połączenia materiałów" nie przyznając punków.

Ekspertyzę nr 1 – dostarczonych próbek mebli biurowych z dnia 7 lutego 2017 r., wykonaną przez J. R., a przedłożoną przez Zamawiającego, Izba potraktowała jako stanowisko strony w sprawie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane w treści odwołania i w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 7 lutego 2017 r. (pkt 1-3) uznając, że dowód ten jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Dowód ten bowiem zmierzał do dokonania oceny przez biegłego próbek zaoferowanych przez wykonawców, podczas gdy ocena ta w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia została powierzona komisji przetargowej w oparciu o ściśle sformułowane kryteria i podkryteria oceny ofert, z założeniem pewnego subiektywizmu. Powołanie więc tego dowodu niweczyłoby ocenę dokonaną przez członków komisji przetargowej, a tym samym byłoby sprzeczne z postanowieniami SIWZ. Nadto, zdaniem Izby, dokonanie tej oceny nie wymaga wiadomości specjalnych, bowiem dotyczy pojęć i elementów, które dla przeciętnego człowieka są zrozumiałe.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie wskazuje się, że owa niezgodność winna dotyczyć świadczenia, a więc jego przedmiotu lub zakresu. Natomiast wszelkie wady oferty o charakterze formalnym

nie mieszczą się w hipotezie normy prawnej zawartej w powołanym przepisie.

Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący

kwestionując grubość boków szuflad i możliwość przymocowania stalowej płyty do pleców szafy SZ8, zaoferowanej przez Przystępującego oraz fakt, iż wykonawca Lucjan zaoferował rzeczoną szafę z takim rozwiązaniem, iż ściana tylna szafy została wpuszczona w stosunku do korpusu szafy w wyfrezowane rowki w bokach szafy, a nie w bokach i wieńcach, w istocie podważa prawidłowość przedmiotu przyszłego świadczenia. Okoliczności te mogłyby więc stanowić podstawę odrzucenia oferty, tym bardziej, że próbka przedmiotowej szafy, dostarczona przez wskazanych wykonawców stanowiła treść oferty.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że w okolicznościach, w których Zamawiający oczekuje przedłożenia próbek proponowanego przez wykonawców asortymentu, celem ich oceny w ramach kryterium oceny ofert, próbki te należy traktować jako treść oferty i stanowisko to znajduje akceptację w orzecznictwie. Skoro zatem przedmiot sporu stanowią okoliczności, które w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą stać się podstawą odrzucenia oferty, to kolejnym krokiem zmierzającym do oceny sformułowanego zarzutu jest stwierdzenie, czy okoliczności te znajdują oparcie w stanie faktycznym sprawy, a mianowicie, czy w istocie Zamawiający sformułował wymogi, na które wskazuje Odwołujący, a wykonawcy tym wymogom nie sprostali.

Przechodząc do oceny oferty Przystępującego w tym przedmiocie Izba stoi na stanowisku, że w SIWZ Zamawiający nie sformułował obowiązku wykonania szuflad z płyty wiórkowej o grubości 18 mm. Należy bowiem zwrócić uwagę, że co prawda Zamawiający postawił wymóg, aby szafa była wykonana z płyty wiórkowej o grubości 18 mm, to jednakże Zamawiający wyraźnie odróżnił wyposażenie szafy od samej szafy. Co zaś do wyposażenia Zamawiający postanowił, że szafa ma być wyposażona w dwie szuflady skrzyniowe, wobec których sformułował tylko jeden wymóg, a mianowicie, że mają być posadowione na prowadnicach z funkcją cichego domyku. Co więcej, Zamawiający nie wskazał nawet, że boki szuflad mają być wykonane z płyty wiórowej.

Z tak sformułowanych postanowień SIWZ, zdaniem Izby, nie można wyciągnąć wniosku, że grubość płyty wiórowej odnosi się również do boków szuflad i oceny tej nie zmienia odpowiedź na pytanie nr 35, udzielona przez Zamawiającego pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. W istocie w tej odpowiedzi Zamawiający potwierdził okoliczności, które zdaniem Izby, wynikały już z treści SIWZ.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Przystępujący zaoferował boki szuflad, stanowiących wyposażenie spornej szafy, o grubości 8 mm, jednakże wobec braku żądania ze strony Zamawiającego, aby boki szuflad miały grubość 18 mm, ofertę Przystępującego w kwestionowanym zakresie należało uznać za prawidłową.

W tymi miejscu zwrócić należy uwagę, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne. Skoro bowiem Odwołujący stoi na stanowisku, iż skrzynia szufladowa

winna być wykonana z płyty wiórowej o grubości 18 mm, to powinien kwestionować nie tylko grubość boków szuflady, ale również fakt, iż boki kwestionowanej szuflady nie są wykonane z płyty wiórowej, ale z metalu, tej okoliczności jednak Odwołujący nie podniósł.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, bowiem do pleców szafy SZ8 została przymocowana stalowa płyta.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, plecy szafy Przystępujący wykonał z płyty meblowej i okoliczność ta jest bezsporna. Skoro bowiem widoczne jest, że plecy szafy (ich zewnętrzna strona) wykonana jest z płyty meblowej, to i wewnątrz znajdować się musi ten sam materiał.

Budzi natomiast wątpliwości Odwołującego fakt, iż od wewnętrznej strony szafy, na części pleców szafy, widoczna jest metalowa listwa, która w ocenie Odwołującego, sprzeciwia się wymogowi wykonania pleców szafy z płyty meblowej. Zdaniem Izby, jak wynika z przeprowadzonego dowodu z filmów, plecy szafy w całości są wykonane z płyty meblowej i to od zewnętrznej, jak i od wewnętrznej strony. Zatem, w ocenie Izby, wymóg Zamawiającego został spełniony.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje fakt, że na części pleców szafy można dostrzec metalową płytę, bowiem szafy plecy są wykonane z płyty meblowej, zaś jak wykazały dowody, rzeczona płyta nie jest przymocowana, jak twierdził Odwołujący, do pleców szafy, ale do boków szafy. Wycięcie, które znajduje się w górnej części przedmiotowej listwy potwierdza, że listwa znajduje się w pewnej odległości od pleców szafy, zatem w tych okolicznościach tym bardziej nie sposób twierdzić, że do pleców szafy została przymocowana metalowa listwa.

Zdaniem Izby, co więcej, nawet gdyby tak było, że do pleców szafy od wewnątrz przymocowana byłaby metalowa płyta, to nie sprzeciwiałoby się to wymaganiom Zamawiającego, bowiem Zamawiający nie uczynił w tym względzie żadnych zastrzeżeń, nie podał, tak jak twierdzi Odwołujący, że plecy szafy mają być wykonane wyłącznie z płyty meblowej, a ponadto, przymocowanie dodatkowego elementu nie zmienia faktu, że plecy szafy są wykonane z płyty meblowej.

Reasumując, twierdzenia Odwołującego co do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ okazały się nietrafne, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym zakresie należało uznać za chybiony.

Przechodząc do oceny oferty wykonawcy Lucjan stwierdzić należy, że Wykonawca ten zaproponował rozwiązanie, zgodnie z którym plecy szafy zostały wpuszczone w wyfrezowane rowki jedynie w bokach szafy, a nie w wieńcach. Okoliczność ta jest bezsporna, bowiem przyznał to sam Wykonawca w piśmie z 23 grudnia 2016 r.,

przedłożonym wraz z ofertą.

Natomiast, jeśli idzie o wymagania Zamawiającego, to Zamawiający postawił wymóg: *„ściana tylna wpuszczona w stosunku do korpusu szafy, w wyfrezowane rowki w bokach i wieńcach szafy”.* Powyższe jednoznacznie wskazuje, że niewystarczające jest rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę Lucjan, bowiem posadowienie pleców szafy jedynie w rowkach wyfrezowanych w bokach szafy nie wyczerpuje wymogów Zamawiającego, konieczne bowiem było posadowienie pleców szafy w wyfrezowanych rowkach, znajdujących się zarówno w bokach, jak i wieńcach szafy.

Stanowisko wykonawcy Lucjan, zawarte w powołanym piśmie nie może być zaakceptowane, bowiem Zamawiający na żadne rozwiązania równoważne w tym przedmiocie nie wyraził zgody. Z tych przyczyn należy uznać, że twierdzenia Odwołującego o niezgodności oferty wykonawcy Lucjan z treścią SIWZ są uzasadnione, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny stabilności zaoferowanych przez Odwołującego stołu S17 i szafy SZ8. Zdaniem Odwołującego, wszystkie zaoferowane przez wykonawców meble są równie stabilne, jednakże w ocenie Izby, okoliczności tej Odwołujący nie wykazał i nie znajduje ona potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Jeśli idzie o stół, to wszyscy członkowie komisji przetargowej, a także świadek potwierdzili, że mebel ten jest niestabilny i „kiwa się na boki”. Z dowodu z filmów wynika, że nogi stołu są niestabilne, zachowują luzy, co jak uczy doświadczenie życiowe, przekłada się na stabilność stołu. Przy niewielkim zatem zadziałaniu siły poziomej mebel przekasza się (przechyla się). Jak wynika z ekspertyzy, dzieje się tak dlatego, że w miejscach połączeń na elementy rozprężne oraz w miejscach rozsuwania wysokości nóg nie zapewniono wymaganej sztywności konstrukcji. Niemniej jednak przyczyna braku stabilności nie ma znaczenia dla oceny samej cechy.

Zdaniem Odwołującego, na co wskazał w treści odwołania, przyczyną kiwania się stołu mogłaby być nierówność podłogi lub brak wyregulowania stopki, jednakże Odwołujący okoliczności tej nie wykazał. Podczas przeprowadzania dowodu z filmu i zwrócenia uwagi przez Zamawiającego na chociażby niestabilność konstrukcji nóg stołu Odwołujący okoliczności tej nawet nie negował.

Zdaniem Izby, potwierdziła się również ocena szafy SZ8, zaoferowanej przez Odwołującego w zakresie braku stabilności. Z dowodów przeprowadzonych na rozprawie wynika, że szafa po otwarciu szuflad, bez obciążenia, przewraca się, pochyla się do przodu. Otwarte szuflady powodują jedynie, że szafa uzyskuje oparcie w szufladach. Jednocześnie

na filmie widać, że tylna część szafy jest wyraźnie odchylona od podłoża. Na filmie zaoferowanym przez Odwołującego widać zaś, że podejmowane są pewne działania, które mają zamaskować tę niedoskonałość, szafa jest przytrzymywana. Tym samym, Izba nie ma wątpliwości, że szafa nie jest stabilna, a nie do zaakceptowania jest okoliczność, iż mebel, który ma utrzymywać się poziomie, niezależnie od tego czy jest obciążany czy nie, przewraca się.

Zwraca uwagę okoliczność, że Odwołujący w toku rozprawy pośrednio przyznał, że mebel nie jest stabilny, bowiem jak stwierdził, dostosowanie się do wymagań Zamawiającego powodowało brak możliwości zapewnienia stabilności szafy. Stanowisko to nie znajduje jednakże oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym, po pierwsze bowiem, inni wykonawcy potrafili tę stabilność zapewnić, stosując wymogi Zamawiającego, po drugie, twierdzenie to się pojawia dopiero na rozprawie, stąd też należy je uznać za element taktyki procesowej. Odwołujący dopiero po prezentacji filmu przygotowanego przez Zamawiającego podjął próbę przekonania Izby, że spełnienie tego wymogu nie jest możliwe.

Dziwi stanowisko Odwołującego, który mając wiedzę, że Zamawiający w ramach kryterium „jakość wykonania" będzie oceniał stabilność mebla w żaden sposób nie reagował na powyższe na wcześniejszym etapie postępowania, w istocie godząc się, że w tym zakresie ocena nie będzie dla Odwołującego pozytywna. Powyższe dodatkowo potwierdza, że stanowisko Odwołującego jest nieprzekonujące.

W tych okolicznościach Izba uznała, że ocena komisji przetargowej w zakresie stabilności oferowanych mebli nie jest dowolna, a uzasadniona.

Odwołujący kwestionuje również ocenę własnej oferty w pokryteriach „sposób połączenia materiałów", „praca mechanizmów zamykających drzwi i szuflady", „dbałość o wykończenie" w odniesieniu do zaoferowanej szafy SZ8. Jednakże, zdaniem Izby, twierdzenia te nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Po pierwsze, jeśli chodzi o „sposób połączenia materiałów", to wszyscy członkowie komisji przetargowej, z wyjątkiem jednej osoby, przyznali Odwołującemu maksymalną ilość punków, tak więc kwestionowanie tej oceny co do zasady jest niezrozumiałe. Nadto, jeden z członków komisji przetargowej zwrócił uwagę, że blat górny szafy posadowiono pomiędzy bokami pionowymi, a nie na nich, co zadaniem tego członka komisji wpływa na ocenę, bo jest to, w opinii Izby, sposób połączenia niepożądany z uwagi na estetykę i walory użytkowe. Nadto, Odwołujący zdaje się pomijać, że w miejscach połączeń, co prezentuje film, widoczne są wypływy kleju. W tych okolicznościach Izba przyjmuje tę ocenę i nie stwierdza jej nieprawidłowości.

Co do argumentu Odwołującego, że szafy mogą być łączone w szeregu, a więc wierzchni blat będzie zaoferowany, okoliczność ta mogłaby być wzięta pod uwagę jedynie w

sytuacji, w której we wszystkich wariantach szafy byłyby łączone, zaś Zamawiający tego nie przewidział i zakłada możliwość ustawianie szaf również rozdzielnie.

W tym miejscu należy uczynić uwagę natury ogólnej, a mianowicie, że skoro wykonawcy zaakceptowali ocenne kryteria oceny ofert, nieokreślone w sposób ostry, to muszą liczyć się z pewnym elementem subiektywizmu, który ujawnia się w dokonywanych ocenach. Należy więc zaakceptować sytuację, w której członkowie komisji przetargowej zwracają uwagę na elementy, które ich zdaniem są istotne z punktu widzenia dokonywanej oceny, w ramach określonego kryterium. Sytuacja taka może skutkować tym, że oceny członków komisji będą różnić się od siebie, ale nie zawsze jest to dowód na to, że mamy do czynienia z dowolną oceną. Zdaniem Izby, tylko w sytuacji, kiedy ocena przeczy zasadom logiki, doświadczenia życiowego i wiedzy w danym stanie faktycznym, wtedy można mówić o dowolności tej oceny, w przeciwnym wypadku, stanowi wyraz oceny danego członka komisji przetargowej.

Gdyby Izba wskazała, że ocena jest zaniżona czy też zawyżona, doszłoby do naruszenia uprawnień komisji przetargowej do subiektywnej oceny. Zdaniem Izby, nie można wkraczać tak dalece w ocenę członków komisji przetargowej, która straciłaby przymiot tej indywidualności. Ocena Izby nie może więc doprowadzić do narzucenia oceny członkom

komisji przetargowej, w ramach kryteriów oceny ofert, pojmowanych subiektywnie.

Reasumując, Odwołujący akceptując postanowienia SIWZ zgodził się, aby ocena ofert była zróżnicowana i najlepiej została oceniona ta, która w najpełniejszym zakresie realizuje oczekiwania Zamawiającego, a godząc się na ocenne kryteria oceny ofert, poddał się tej subiektywnej ocenie. Rolą Izby w tym przypadku będzie więc sprawdzenie ocen dokonywanych przez członków komisji przetargowej pod kątem dowolności, ale nie usunięcie elementu subiektywnej oceny.

Nie sposób również nie zauważyć, że element tej subiektywnej oceny został w maksymalnym zakresie, w ocenie Izby, wyeliminowany. Oceny dokonywała bowiem pewna grupa osób, a punkty przyznane przez każdego z członków są odpowiednio przeliczane, tak aby uzyskać średnią arytmetyczną, a więc pewną wypadkową oceny wszystkich członków, stanowiącą emanację oceny usprawiedliwionej.

Przechodząc do oceny w zakresie „dbałości o wykończenie" to zwraca uwagę konsekwentne stanowisko wszystkich członków komisji przetargowej, którzy w tym podkryterium nie przyznali Odwołującemu punktów, jeśli idzie o zaoferowaną szafę SZ8. Izba ocenę tę podziela.

Przeprowadzony dowód z filmu, zaoferowany przez Zamawiającego, pozwala na stwierdzenie, że na krawędziach i narożach płyty laminowanej widoczne są liczne odpryski i

uszkodzenia. Doświadczenie życiowe wskazuje, że nie powstały one w czasie przechowywania u Zamawiającego, bowiem miejsca, w których występują nakazuje wykluczyć taki wariant. Jednocześnie widoczna jest wadliwa obróbka narzędziem skrawającym krawędzi PCV, co powoduje brak prostoliniowości. Dodatkowo, wszyscy członkowie komisji przetargowej podnosili różnice w kolorze blatu i obrzeży szafy. W tych okolicznościach, zdaniem Izby, nie sposób dokonanej ocenie zarzucić dowolności. Wskazane elementy nie potwierdzają, że Odwołujący dochował takiej staranności, która pozwalałby na stwierdzenie dbałości o wykończenie szafy.

Prawdą jest, że ocena członków komisji przetargowej w zakresie „pracy mechanizmów zamykających drzwi i szuflady" szafy jest rozbieżna. Dwóch na pięciu członków komisji nie przyznało w tym zakresie punków stwierdzając, że otwarcie szuflad wymaga wysiłku. Natomiast świadek stwierdził, że ocena w tym przedmiocie winna być pozytywna.

Zdaniem Izby, ocena wysiłku, który potrzebny jest do otwarcia szuflad jest również elementem subiektywnego odczucia. Nie należy zapominać, że ocena została po pierwsze, dokonana w warunkach ocennych kryteriów oceny ofert, po drugie zaś, została powierzona członkom komisji przetargowej, a nie biegłemu, stąd też te oceny mogą się różnić. Izba nawet więc w odniesieniu do powyższego nie znajduje elementu dowolności.

Niemniej jednak nawet, gdyby uwzględnić fakt, że prace rzeczonych mechanizmów należało ocenić pozytywnie, to ocena globalna oferty Odwołującego nie zmieniałby się w taki sposób, iż wpłynęłaby na wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że ocena stołu S17, oferowanego przez Przystępującego i wykonawcę Lucjan jest nieprawidłowa w ramach podkryteriów „sposób łączenia materiałów" i „dbałość o wykończenie". Przeprowadzony dowód z filmu nie daje podstaw do stwierdzenia, że zastosowane spawy są nieestetyczne w produkcie oferowanym przez Przystępującego, a wyłącznie na to Odwołujący zwracał uwagę. Żadne inne okoliczności nie były przez Odwołującego podnoszone, a i Izba nie dostrzegała żadnych obniżających estetykę wyrobu.

Natomiast, jeśli idzie o zakwestionowanie oceny stołu S17 oferowanego przez wykonawcę Lucjan w podanych kryteriach, to stanowisko Odwołującego jest całkowicie niezrozumiałe biorąc pod uwagę fakt, że w rzeczonych kryteriach członkowie komisji przetargowej nie przyznali temu wykonawcy punków.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia, że złożenie oferty przez Przystępującego i wykonawcę Lucjan stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 u.z.n.k. Po pierwsze bowiem, Przystępujący zaproponował rozwiązania

zgodne z SIWZ i brak podstaw do stwierdzenia, że były to rozwiązania tańsze, mające na celu eliminację konkurencji. Odwołujący okoliczności tej nie wykazał. Ponadto, biorąc pod uwagę fakt, że oferta Przystępującego jest droższa od oferty Odwołującego stanowisko to wydaje się mało przekonujące, a już tym bardziej w okolicznościach, że Przystępujący wyposażył szafy w metalową listwę, ponosząc dodatkowy koszt, czego nie uczynił Odwołujący. Zaś, Izba nie stwierdziła obowiązku wykonania boków szuflad z płyty wiórowej o grubości 18 mm, tak więc zaoferowanie innego rozwiązania nie może być rozpatrywane w aspekcie czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Lucjan co prawda zaoferował rozwiązanie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, ale Odwołujący nie wykazał, że było to rozwiązanie tańsze, a tym bardziej, że zastosowanie go miało na celu eliminację konkurencji. Lektura pisma z dnia 23 grudnia 2016 r. każe stwierdzić, że zaproponowane rozwiązanie było skutkiem zaleceń jednostki certyfikującej, a nie umyślnego działania nakierowanego naruszenie interesów innego przedsiębiorcy.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że w treści odwołania Odwołujący wskazał na szereg okoliczności, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Po pierwsze, sposób gospodarowania przez Zamawiającego środkami publicznymi w świetle ustawy o finansach publicznych nie podlega ocenie Izby. Przypomnieć należy Odwołującemu, że z mocy przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp kontroli Izby podlegają czynności podjęte w postępowaniu lub ich zaniechanie, do których zamawiający był zobowiązany.

Po drugie, w świetle art. 21 ust. 4 ustawy Pzp powołanie biegłego w postępowaniu stanowi uprawnienie zamawiającego. Jeśli, w ocenie Odwołującego, której Izba nie podziela, konieczne było powołanie biegłego, Odwołujący winien wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie jest uprawiony do kwestionowania powyższego z uwagi na upływ terminu zawitego (art. 18 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Po trzecie, kwestionowanie na tym etapie kryteriów oceny ofert jest również nieskuteczne z uwagi na upływ terminu, o czym była mowa wyżej. Jeśli zaś Odwołujący ma jakiekolwiek dowody, że powyższe, jak twierdzi, mogło być spowodowane zamiarem faworyzowania któregoś wykonawcy, to winien powiadomić organy właściwe do ścigania przestępstw.

Po czwarte, okoliczność, że cena oferty Przystępującego niemalże odpowiada szacunkowej wartości zamówienia nie stanowi o jakimkolwiek wadliwym działaniu Zamawiającego. Jak wyjaśnił Przystępujący, Zamawiający ujawnił tę kwotę przed terminem złożenia ofert, zatem każdy z wykonawców mógł ją uwzględnić.

Reasumując, stwierdzić należy, że wybór oferty najkorzystniejszej nie jest obarczony błędem, a więc zarzuty naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za chybione. Potwierdziła się co prawa okoliczność, że oferta wykonawcy Lucjan winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zaniechanie tej czynności spowodowało naruszenie przez Zamawiającego wskazanego przepisu, a w konsekwencji przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej, Izba odwołanie oddaliła (arg. *a contrario* z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……