

Sygn. akt: KIO 2238/18

WYROK
z dnia 13 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 października 2018 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: WOKA-BUD W.S., ul. Jastrzębia 12,16-020 Czarna Białostocka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**

- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok tytułem wpisu od odwołania;**

 - 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok na rzecz Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 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 16 października 2018 r. poz. 1986) 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Zakup mebli do siedziby Narodowego Instytutu Wolności - Centrum Rozwoju Społeczeństwa Obywatelskiego*” (znak postępowania 2018/35), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr: 615719-N- 2018 z 11.09.2018 r., przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 23.10.2018 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej /zamowienia.gov.pl/ oraz e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WOKA-BUD W. S., ul. Jastrzębia 12,16-020 Czarna Białostocka zwane dalej: „*WOKA-BUD W. S.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło - Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok zwane dalej: „*Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 29.10.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "Cezas" Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 23.10.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.10.2018 r. (e-mailem). Wnosił odwołanie od czynności Zamawiającego obejmujących:

- 1) zaniechanie czynności do których Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, a mianowicie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców wobec zaniechania odrzucenia oferty WOKA-BUD W. S., która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „*UZNK*”);
- 2) zaniechania czynności wyjaśniających do których Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i uznania oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S. a zgodną z wymogami SIWZ w Rozdz. X ust. 14, wynikającymi z wymogu złożenia wraz z formularzem oferty, nagrania wizualizacji wewnątrz w wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz w wersji papierowej z zleceniem zapisania aranżowanych pomieszczeń w powszechnie dostępnym formacie graficznym (pkt 5) a także złożenia kart katalogowych oferowanych mebli, obejmujących zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzającego spełnienie wymogów lub foldery przedstawiające

proponowane meble (pkt 6) bez nagrania wizualizacji wnętrz aranżowanych pomieszczeń na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej, a także bez kart katalogowych konkretnie oferowanych mebli lub folderów proponowanych mebli;

3) zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności do których był on zobowiązany z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 3 Pzp polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S., pomimo, że oferta nie była zgodna z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” albowiem nie zawierała wymaganych w Rozdz. X ust. 14 SIWZ załączników złożonych wraz z formularzem oferty w postaci wizualizacji wnętrz w wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej obejmującej aranżowane pomieszczenia (pkt 5) a także wobec braku kart katalogowych oferowanych mebli, obejmujących zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzającego spełnienie wymogów SIWZ przez oferowane meble (pkt 6);

4) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty WOKA-BUD W. S. jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegała odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp

5) zaniechanie czynności do których był zobowiązany z mocy art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 Pzp, a mianowicie wyboru oferty Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół CEZAS Spółka z o.o. jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym wyborze wykonawcy.

Odwołanie oparte jest na zarzucił naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:

a) art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec bezpodstawnego uznania, że oferta WOKA-BUD W. S. odpowiada treści SIWZ, pomimo że wykonawca nie złożył załączników wymaganych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 oraz pkt 6 SIWZ na potwierdzenie, że oferowane meble odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a dokonanie merytorycznej oceny oferty tego wykonawcy w oparciu o kryteria określone w Rozdz. XIV cz. II - w szczególności w oparciu o kryterium oceny koncepcji, czym Zamawiający naruszył zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

b) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 UZNK, wobec zaniechania dostatecznego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S. w zakresie braku kart katalogowych lub folderów, pomimo wątpliwości jakie Zamawiający powinien powziąć w związku z treścią pisma Zarządu PZS CEZAS Sp. z o.o. z 16.10.2018 r. oraz okoliczności wskazujących, że oferta wykonawcy nie zawiera wszystkich załączników wymaganych w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp wobec nieodrzczenia oferty WOKA-BUD W.S., pomimo, że oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, gdyż nie zawierała załączników złożonych wraz z formularzem oferty w postaci wizualizacji aranżowanych wewnątrz w wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej (pkt 5) a także wobec braku kart katalogowych oferowanych mebli, obejmujących zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzającego spełnienie wymogów SIWZ przez oferowane meble (pkt 6), a przez to stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 UZNK;

d) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S., pomimo, że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ, gdyż oferta Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS Spółka z o.o. stanowiła jedyną ofertę nie podlegającą odrzuceniu, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Czynności Zamawiającego naruszają art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, art. 92 ust. 1 Pzp. Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty WOKA-BUD W. S., oraz czynności zawiadomienia o dokonanym wyborze,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy WOKA-BUD W.,
- 4) nakazanie powtórzenia przez Zamawiającego czynności związanych z badaniem i oceną ofert, w tym oferty Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu przy dostosowanie czynności Zamawiającego do wymogów Pzp,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Zamawiający wskazał w Rozdz. XIV część II SIWZ jako kryteria oceny ofert - kryterium ceny (60%), kryterium terminu wykonania zamówienia (10%) oraz kryterium oceny koncepcji (30%). Wobec tak istotnego udziału w ocenie kryterium estetycznych wrażeń oferowanych mebli, Zamawiający w Rozdz. XIV część III ust. 3 SIWZ określił kryteria oceny wizualizacji odwołując się do przedstawionych przez wykonawców wizualizacji wewnątrz: pokoju pracowniczego, gabinetu dyrektorskiego, sekretariatu oraz udzielił wytycznych wskazując, że ocena dotyczyć ma: spójności koncepcji w zakresie zastosowanych rozwiązań projektowych, funkcjonalności rozwiązań, wyglądu wnętrza oraz atrakcyjności wizualnej, dostosowania rozwiązań aranżacyjnych do formy architektonicznej wnętrza.

Strona skarżąca - Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. jako wykonawca przystąpił do przetargu składając ofertę na wykonanie zamówienia za cenę brutto 299.720,25 zł w terminie 30 dni roboczych, załączając do oferty wizualizację aranżowanych wnętrz w wersji elektronicznej na płycie oraz w wersji papierowej, a także karty katalogowe oferowanych mebli potwierdzające spełnienie wymogów SIWZ przez oferowane meble.

Pismem z 19.09.2018 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o otwarciu ofert z których wynikało, że oferty złożyło czterech wykonawców, z których najniższą cenę i najkrótszy termin wykonania zamówienia zaoferowali wykonawcy: WOKA-BUD W.S. (za cenę 297342, 22 zł z wykonaniem w terminie 33 dni roboczych) oraz Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o. o. (za cenę 299720,25 zł z wykonaniem w terminie 30 dni roboczych). W związku z tym, że oferty były we wskazanych parametrach zbliżone i naprzemiennie wyprzedzające, decydujące znaczenie dla wyboru oferty miało kryterium oceny koncepcji a więc oceny wizualizacji według zasad przewidzianych w Rozdz. XIV cz. III ust. 3 SIWZ (w przypadku nie odrzucenia żadnej ze wskazanych ofert).

Dlatego też strona skarżąca przeprowadziła analizę oferty nr 3, złożonej przez WOKA-BUD W.S. w oparciu o dokumentację udostępnioną przez Zamawiającego. Przedstawiona dokumentacja wskazuje, że oferta nr 3 złożona przez WOKA-BUD W.S. nie zawierała informacji o załącznikach wymaganych SIWZ w postaci wizualizacji oraz kart katalogowych, gdyż do oferty załączone zostały jedynie strony z katalogu producenta mebli, z których tylko część była ponumerowana. Wspomniana oferta składała się z 23 kolejno ponumerowanych stron oraz dwóch załączników - nr 2 oraz nr 5. Zał. nr 2 przedstawiał plany pomieszczeń przedstawione przez Zamawiającego, zaś zał. nr 5 zawiera oświadczenie wykonawczy składane na podstawie art. 25 a ust. 1 Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia. Oferta zawierała co prawda formularz asortymentowo cenowy (wykaz mebli) oraz materiał fotograficzny na trzech stronach z których tylko jedna oznaczona jest numerem „22” a także wydruk danych katalogowych mebli skrzynkowych i biurek systemu Hebe z katalogu producenta TOBO MEBLE BIUROWE firmy TOBO D. spółka jawna w Kurianach na pięciu stronach z których tylko jedna oznaczona jest numerem „23”. W ofercie brak jest informacji o złożeniu wizualizacji wnętrz w wersji elektronicznej oraz wersji papierowej. W związku z powyższym strona skarżąca skierowała do Zamawiającego pismo z 16.10.2018 r. w którym zwracała uwagę na dostrzeżone mankamenty wyżej wymienionej oferty z wnioskiem o zbadania zgodności oferty nr 3 z warunkami SIWZ. Zamawiający na wskazane pismo nie zareagował, lecz pismem z 23.10.2018 r., sygnatura WZP/863/2018/BR przekazał informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający uznał, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca WOKA-BUD W. S. uzyskując maksymalną ilość punktów za

oferowaną cenę oraz najwyższą ilość punktów za wizualizację, co dało najwyższą ilość punktów za wszystkie kryteria wśród ofert nie podlegających odrzuceniu, a mianowicie 87,34 pkt. Natomiast oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. została oceniona na 85,77 pkt z uwagi na nieznacznie wyższą cenę i niżej ocenioną wizualizację (choć krótszy termin realizacji) w porównaniu z ofertą wybraną. Pozostałe dwie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie zostały w nich przedstawione wizualizację zgodnie z Rozdz. X ust. 14 pkt 5 SIWZ. W ocenie PZS CEZAS sp. z o.o. czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia są niezgodne z przepisami PZP zarówno w zakresie działań podjętych w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, jak i zaniechania czynności dotyczących prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zaniechania odrzucenia oferty nr 3 wykonawcy WOKA-BUD W. S. oraz niedokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z zasadami Pzp oraz UZNK, do czego Zamawiający zobowiązany jest na podstawie ustawy. Czynności Zamawiającego naruszają art. 91 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 3, art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1 Pzp w powiązaniu z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK. Podstawa odwołania jest zgodna z art. 180 ust. 3 Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Zauważył, że obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 Pzp). A więc w sytuacji, gdy jedna z ofert odbiega diametralnie od pozostałych w istotnym elemencie stanowiącym kryterium mogącym decydować o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, Zamawiający powinien zbadać, czy oferta nr 3 zawiera załączniki pozwalające na dokonanie oceny według kryterium wizualizacji aranżacji wnętrz do których użyte będą zamówione meble. Służy temu art. 87 Pzp w myśl którego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wykonawca ma wówczas obowiązek udowodnić, że jego oferta jest zgodna z warunkami SIWZ. warunków wykonania umowy skutkować musi sankcją odrzuceniem oferty przez Zamawiającego (jak w wyroku KIO z 23.03.2016 r., sygn. akt: KIO 369/16). Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do spełnienia w ofercie nr 3, kryterium z Rozdz. X ust. 14 pkt 5 kierując do tego wykonawcy żądania złożenia wyjaśnień co do treści oferty, m. in. w zakresie złożenia wizualizacji aranżowanych pomieszczeń wskazanych przez Zamawiającego, czy też kart katalogowych mebli oferowanych według warunków wskazanych w SIWZ. Zamawiający jest obowiązany do podjęcia ze szczególną starannością i ostrożnością czynności wyjaśniających aby nie dopuścić do sytuacji ograniczenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców.

W ocenie skarżącego wybrana oferta nr 3 złożona przez WOKA-BUD W. S. nie spełnia kryterium przewidzianego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, gdyż nie zawiera wskazanych w ofercie i wymaganych przez SIWZ załączników w postaci wizualizacji wnętrz zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz kart katalogowych oferowanych mebli. Dodana do oferty dokumentacja nie została opisana w ofercie jako załączniki stanowiące jej integralną część, a także nie odpowiada warunkom wizualizacji konkretnych pomieszczeń wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ (pokój pracowniczy, gabinet dyrektorski, sekretariat/recepcja oraz sala konferencyjna zawierającej projekt i opis na płycie CD lub DVD oraz w wersji papierowej, jak też nie wskazuje jakie konkretnie meble, zwymiarowane i przedstawione w rozwiązaniach aranżacyjnych zostały zaoferowane Zamawiającemu.

W wskazanej sytuacji Zamawiający naruszył przepisy Pzp, gdyż przyjmując do oceny ofertę WOKA-BUD W. S. dokonał jej oceny według kryteriów wskazanych w Rozdz. XIV cz. III ust. 3 SIWZ, pomimo, że nie zawierała ona załączników pozwalających na ocenę wizualizacji zgodnie z opisem SIWZ, co nie zapewniało warunków uczciwej konkurencji między wykonawcami (naruszając art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1). W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty WOKA-BUD W. S., zamiast dokonać jej odrzucenia, co nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 i 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek stosowania się do zasad i trybu udzielania zamówień publicznych przewidzianych w Pzp pod rygorem skutków prawnych przewidzianych w art. 192 Pzp.

Zamawiający w dniu 30.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.11.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) WOKA-BUD W. S. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie lub ewentualnie oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W niniejszej sprawie Odwołujący w odwołaniu z 29.10.2018 r. zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, które miałyby doprowadzić do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Z podniesionymi przez Odwołującego argumentami Przystępujący nie zgodził się, z przyczyn, o których mowa poniżej: Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący dopatruje się naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w zaniechaniu dokonania przez niego czynności w zakresie odrzucenia oferty Przystępującego. Jednakże formułując w taki sposób zarzuty, Odwołujący zdaje się pomijać nader istotną kwestię, jaką jest treść art. 180 ust. 2 Pzp, który dla zamówień publicznych tzw. „podprogowych” statuuje zamknięty katalog czynności, względem których można wnieść odwołanie. I tak, zgodnie z art. 180 ust.2 Pzp jeżeli wartość

zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W rezultacie przyjął, że odwołanie nie przysługuje wobec czynności Zamawiającego, polegających na „zaniechaniu”. Czym innym jest bowiem „wybór” oferty, a czym innym „zaniechanie” jej wyboru. Jak zauważa w jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza „1. Przepis art. 180 ust. 2 p.z.p. ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań tzw. podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. Katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nie może być interpretowany rozszerzająco. 2. Zakres zastosowania art. 180 ust 2 pkt 6 p.z.p. nie obejmuje zaniechania czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ” (wyrok KIO z 17.02.2017 r., sygn. akt: KIO 208/17).

W innych orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza konstatuje w ten sposób:

1) „przepis art. 180 ust. 2 p.z.p. jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych środki ochrony prawnej w postaci odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługują. Jako wyjątek od zasady nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Tym samym również pojęcie wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinno być wykładane rozszerzająco i rozciągane na czynności, których literalnie nie dotyczy. "Wybór oferty najkorzystniejszej" to wybranie jednej, najkorzystniejszej oferty spośród wielu i pod tym pojęciem należy rozumieć czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w siwz kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Natomiast przypisywanie, iż na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również jakieś czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert czy wykonawców w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór, nie znajduje oparcia w samym językowym znaczeniu terminu i jako takie wymaga innych niż językowe zabiegów interpretacyjnych. Tym samym literalne brzmienie przepisu dotyczy li tylko możliwości kwestionowania wyboru sensu stricte, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert, pomiędzy którymi wybór jest dokonywany (najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego

kryteriów oceny ofert - w rozumieniu art. 2 pkt 5 p.z.p.)". (wyrok KIO z 28.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2340/16).

2) „analiza użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. pojęcia "czynności wyboru oferty najkorzystniejszej" uzasadnia wniosek, że ustawodawca wykluczył z jego zakresu wszelkie potencjalne zaniechania, które mogą być przez zamawiającego popełnione w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej (np. zaniechanie odrzucenia oferty, która następnie została uznana za najkorzystniejszą, bądź zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została za taką uznana)" (wyrok KIO z 22.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2313/16).

W konsekwencji stwierdził, że na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności zarówno wprost, jak również pod pozorem kwestionowania dokonanej przez Zamawiającego czynności. Raz jeszcze podkreślenia wymaga okoliczność, że w myśl art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp odwołanie przysługuje na czynność zamawiającego w postaci odrzucenia oferty, a nie na zaniechanie odrzucenia oferty. Niezależnie od powyższego, w przypadku uznania braku podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, albowiem dotyczy one czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp, Przystępujący do odwołania nadmienia, co następuje: Oferta złożona przez Przystępującego została przez Zamawiającego poddana ocenie, zgodnie z warunkami określonymi przez Pzp. Oferta zawierała wszelkie wymagane dokumenty, jak również wszelkie wymagane załączniki - gdyby było inaczej, Zamawiający wdrożyłby odpowiednią procedurę lub też podjąłby odpowiednią decyzję, odrzucając przedmiotową ofertę. Z analizy odwołania wynika, że tak naprawdę Zamawiający miał się dopuścić naruszenia przepisów Pzp wybierając ofertę, która w swej treści nie wymieniała załączników przedłożonych przez wykonawcę. Innymi słowy zarzut nie dotyczy braku dokumentów w ogóle, ale ich niewyartykułowania w treści oferty, o czym świadczą następujące twierdzenia Odwołującego:

1) przedstawiona dokumentacja wskazuje, że oferta nr 3 złożona przez WOKA-BUD W. S. z siedzibą w Czarnej Białostockiej nie zawierała informacji o załącznikach wymaganych przez SIWZ (...)"

2) „w ofercie brak jest informacji o założeni wizualizacji"

Innymi słowy brak informacji, nie to samo, co nie przedłożenie tych informacji - załączników. Złożona przez Przystępującego oferta była kompletna i zgodna z wymaganiami SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 wymienia okoliczności, których zaistnienie w sprawie skutkuje obowiązkiem odrzucenia przez Zamawiającego oferty. Powołany katalog nie zawiera jednakże wskazania, że brak wpisania do oferty przedkładanych załączników stanowi podstawę do jej odrzucenia. W analizowanej sprawie przedłożona przez Przystępującego oferta nie podlegała odrzuceniu, ponieważ ani swą treścią nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 89 ust. 1 pkt 2) ani

jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto jak słusznie zauważa w odwołaniu sam Odwołujący z uwagi na fakt, że jego oferta, jak i oferta Przystępującego do odwołania w „głównych parametrach” były do siebie podobne, decydowały względy estetyczne. Z tego też powodu nie można czynić Zamawiającemu żadnych zarzutów. *„De gustibus non est disputandum”* - także polemika z zarzutami Odwołującego w tym wypadku jest po prostu zbędna.

W dniu 08.11.2018 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta WOKA-BUD W. S. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ lub siwz, pomimo że ww. Wykonawca nie złożył załączników wymaganych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 oraz pkt 6 SIWZ na potwierdzenie, że oferowane meble odpowiadają przedmiotowi zamówienia i dokonanie merytorycznej oceny oferty tego Wykonawcy w oparciu o kryteria określone w Rozdz. XIV cz. II - w szczególności w oparciu o kryterium oceny koncepcji, czym Zamawiający naruszył zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S. jako niezgodnej z zapisami SIWZ oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem Oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S.. Zamawiający nie uwzględnił żądania w tym zakresie, gdyż oferta złożona przez WOKA-BUD W. S. jest kompletna i zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ, tj.: zawiera załączniki wymagane przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 oraz pkt 6 SIWZ. Zamawiający wymagał w SIWZ, w Rozdz. X ust. 14 pkt 5, aby Wykonawca złożył wraz z Ofertą *„Wizualizację wewnątrz w wersji elektronicznej (na płycie CD lub DVD) oraz w wersji papierowej”*. Oferta Wykonawcy WOKA-BUD W. S. odpowiada treści SIWZ, gdyż razem z wymaganym Formularzem oferty została złożona wizualizacja wewnątrz w wersji papierowej (Zał. nr 2 do SIWZ) na str. 4-6 Oferty pn.: *„Plany pomieszczeń”* określonych w Zał. nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia oraz płyta CD pn.: *„Aranżacja”*, która zawierała identyczną wizualizację przedstawioną w wersji papierowej. Załączone do oferty dokumenty stanowią dowód nr 1, który stanowi zał. nr 2 do niniejszej odpowiedzi. Ponadto Zamawiający wymagał w SIWZ, w Rozdz. X ust. 14 pkt 6, aby do Oferty Wykonawca złożył wraz z Ofertą *„karty katalogowe oferowanych mebli, obejmujące zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzający spełnienie wymogów lub foldery przedstawiające proponowane meble”*.

Oferta WOKA-BUD W. S. odpowiada treści SIWZ, gdyż razem z Formularzem oferty na str. 22 Oferty został złożony folder przedstawiający proponowane meble wraz z nazwą producenta i opisem potwierdzającym spełnienie wymogów. Złożony wraz z Ofertą Folder stanowi dowód nr 2, który stanowi zał. nr 3 do niniejszej odpowiedzi.

Oдноśnie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 UZNK poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez WOKA-BUD W. S. w zakresie braku kart katalogowych lub folderów, pomimo wątpliwości jakie Zamawiający powinien powziąć w związku z treścią pisma Zarządu PZS CEZAS Sp. z o.o. z 16.10.2018 r. oraz okoliczności wskazujących, że oferta wykonawcy nie zawiera wszystkich załączników wymaganych w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający informuje, że tak jak odniósł się do zarzutu Odwołującego opisanego w pierwszej kolejności, Oferta złożona przez WOKA-BUD W. S. zawiera wszystkie wymagane SIWZ załączniki. Ponadto Odwołujący mija się z prawdą, jakoby Zamawiający nie wezwał WOKA-BUD W. S. do wyjaśnienia złożonej Oferty. Zamawiający w toku badania i oceny ofert pismem z 09.10.2018 r. (sygn.: WZP/818/2018/BR), które stanowi dowód nr 3, wezwał WOKA-BUD W. S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wykonawca w wyznaczonym terminie tj. dnia 11.10.2018r. udzielił odpowiedzi, która potwierdziła, że oferowane meble spełniają i zostaną wykonane zgodnie z parametrami, wymiarami i opisem określonymi przez Zamawiającego w formularzu asortymentowo - cenowym (wykaz mebli) stanowiącym integralną część Formularza oferty. Odpowiedź Wykonawcy stanowi dowód nr 4, który stanowi zał. nr 4 do niniejszej odpowiedzi.

Oдноśnie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp poprzez nieodrzuconie oferty WOKA-BUD W. S., pomimo, że oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, gdyż nie zawierała załączników złożonych wraz z formularzem oferty w postaci wizualizacji aranżowanych wnętrz w wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej (pkt 5) a także wobec braku kart katalogowych oferowanych mebli, obejmujących zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzającego spełnienie wymogów SIWZ przez oferowane meble (pkt 6), a przez to stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 Uznk. Zamawiający, oświadcza i podkreśla, że Oferta WOKA-BUD W. S. zawiera wszystkie wymagane SIWZ załączniki złożone razem z formularzem oferty, co szerzej wyjaśniono w ad. 1 i ad. 2 niniejszej odpowiedzi. Ponadto Odwołujący podnosił, że Oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona także z powodu niewpisania do Formularza oferty pełnego wykazu składanych załączników. Zamawiający przypomina, że przepis art. 89 ust. 1 wymienia okoliczności, których zaistnienie w sprawie skutkuje obowiązkiem odrzucenia

przez Zamawiającego oferty i stanowi katalog zamknięty. Zamawiający nie ma zatem podstaw do odrzucenia Oferty tej podstawie. Ponadto Zamawiający wskazał, że z analizy Odwołania wynika, że Zamawiający miał się dopuścić naruszenia przepisów Pzp wybierając ofertę, która w swej treści nie wymieniała załączników przedłożonych przez Wykonawcę. Innymi słowy zarzut nie dotyczy braku dokumentów w ogóle, ale ich niewyartykułowania w treści Oferty, o czym świadczą następujące twierdzenia Odwołującego:

1) przedstawiona dokumentacja wskazuje, że oferta nr 3 złożona przez WOKA-BUD W. S. z siedzibą w Czarnej Białostockiej nie zawierała informacji o załącznikach wymaganych przez SIWZ (...);

2) *„w ofercie brak jest informacji o założeniach wizualizacji”*. Innymi słowy Odwołujący uznał, że brak informacji w Formularzu oferty o liczbie i nazwach złożonych z Ofertą załączników jest równoznaczne z nieprzedłożeniem tych informacji - załączników. Jednocześnie w Odwołaniu Odwołujący wskazał, że *„Oferta zawierała co prawda formularz asortymentowo cenowy (wykaz mebli) oraz materiał fotograficzny na trzech stronach z których tylko jedna oznaczona jest numerem „22” a także wydruk danych katalogowych mebli skrzynkowych i biurek systemu Hebe z katalogu producenta TOBO MEBLE BIUROWE firmy TOBO D. spółka jawna w Kurianach na pięciu stronach z których tylko jedna oznaczona jest numerem „23”. W ofercie brak jest informacji o złożeniu wizualizacji wewnątrz w wersji elektronicznej oraz wersji papierowej”*. Zamawiający, określając jakie załączniki mają zostać złożone z ofertą wskazał m.in. wizualizację wewnątrz wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej przedstawiające plany pomieszczeń wymaganych do sporządzenia wizualizacji. Zamawiający nie określił natomiast jak taka wizualizacja ma wyglądać. Skoro więc Zamawiający nie stawiał wymagań co do formatu, wyglądu wizualizacji i zawartości wizualizacji, to nie sposób, mając na względzie wnioski płynące z orzecznictwa TSUE (vide: postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. C-35/17), stawiać Zamawiającemu zarzuty i kwestionować treści ofert złożonych przez Wykonawców, którzy zastosowali się do wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ. Zgodnie bowiem z ww. postanowieniem TSUE: *„(...) zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczony] zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego*

zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia." Dlatego też Zamawiający poddał ocenie wszystkie oferty, które zawierały wymagane załączniki, dokonując jednocześnie czynności odrzucenia tych ofert, które załączników nie zawierały.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru Oferty WOKA-BUD W. S. jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegała odrzuceniu. Zamawiający poddając ocenie Ofertę WOKA-BUD W. S. wybrał ją jako najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ. Odwołujący słusznie zauważa, że jego oferta, jak i oferta WOKA-BUD W. S. w „głównych parametrach” były do siebie podobne i decydowały względy estetyczne określone w SIWZ, Rozdz. XIV, ust. III, pkt 3).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, kopii oferty pozostałych Wykonawców, których oferty zostały odrzucone, kopii oferty Odwołującego wraz z płytą CD, kopii oferty Przystępującego, kopii płyty CD („Aranżacja”), papierowej wersji wizualizacji (zał. nr 2 – Plany Pomieszczeń) /str. od 4 do 6 oferty/, kopii formularza asortymentowo-cenowego, materiały fotograficzne na trzech stronach, wydruku danych katalogowych mebli skrzynkowych i biurek systemu Hebe z katalogu producenta TOBO, kopii pisma Zamawiającego z 09.10.2018 r., sygn. WZP/818/2018/BR, kopii odpowiedzi Przystępującego z 11.10.2018 r., kopii pisma Odwołującego z 16.10.2018 r., czy też kopii informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23.10.2018 r.

Odnośnie wniosku o odrzucenie odwołania sformułowanego w przystąpieniu przez Przystępującego – Izba niniejszy oddaliła. Należy stwierdzić, że jako sąd I instancji

w rozumieniu prawa europejskiego /sąd krajowy w rozumieniu art. 267 TFUE - wyrok ETS z dnia 13.12.2012 r., sygn. sprawy C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact/ Izba przyjęła jako wiążące większościowe stanowisko sądów powszechnych II instancji wyrażone, co do sposobu rozumienia wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp). /za wyrokiem KIO z 04.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1221/17/. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone uchwałą SN z 17.11.2017 r., sygn. akt: III CZP 58/17: "Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu."

Jednocześnie Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego oryginały ofert złożonych w postępowaniu, w tym Przystępującego oraz Odwołującego przedłożone przez Zamawiającego na czasookres wydania orzeczenia i sporządzenia uzasadnienia wyroku.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania na odwołanie przez Zamawiającego:

1) wizualizacje i aranżacje pomieszczeń pochodzące z oferty Przystępującego (pozostałe załącznik do odpowiedzi na odwołanie zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego w ramach dokumentacji postępowania),

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1) Dwa katalogi producenta mebli TOBO.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie i przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec bezpodstawnego uznania, że oferta Przystępującego odpowiada treści SIWZ, pomimo że wykonawca nie złożył załączników wymaganych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 oraz pkt 6 SIWZ na potwierdzenie, że oferowane meble odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a dokonanie merytorycznej oceny oferty tego wykonawcy w oparciu o kryteria określone w Rozdz. XIV cz. II - w szczególności w oparciu o kryterium oceny koncepcji, czym Zamawiający naruszył

zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

b) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 UZNK, wobec zaniechania dostatecznego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie braku kart katalogowych lub folderów, pomimo wątpliwości jakie Zamawiający powinien powziąć w związku z treścią pisma Odwołującego z 16.10.2018 r. oraz okoliczności wskazujących, że oferta wykonawcy nie zawiera wszystkich załączników wymaganych w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp wobec nieodrzczenia oferty Przystępującego, pomimo, że oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i pkt 6 SIWZ, gdyż nie zawierała załączników złożonych wraz z formularzem oferty w postaci wizualizacji aranżowanych wewnątrz w wersji elektronicznej na płycie CD lub DVD oraz wersji papierowej (pkt 5) a także wobec braku kart katalogowych oferowanych mebli, obejmujących zdjęcie, nazwę producenta i nazwę handlową wyrobu oraz opis produktu potwierdzającego spełnienie wymogów SIWZ przez oferowane meble (pkt 6), a przez to stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 UZNK;

d) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo, że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ, gdyż oferta Odwołującego stanowiła jedyną ofertę nie podlegającą odrzuceniu, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami i przytoczonych tam w sposób szczegółowy - treści oferty Przystępującego oraz postanowień SIWZ – Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i 6. Podobnie wynika z przystąpienia. Uznając zarazem, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich oceny w kontekście przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba podnosi, że przedmiotem zarzutów co do istoty nie była praca komisji przetargowej i sposób dokonanej przez nią oceny oferty Przystępującego w ramach kryterium ocena koncepcji poprzez złożoną wraz z ofertą wizualizacją wnętrza. W konsekwencji ani z urzędu, ani poprzez przyzmat argumentacji Odwołującego z rozprawy Izba nie może dokonywać rozpatrzenia zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Zarzut pierwszy dotyczy jedynie tego, czy dane wymagane dokumenty poprzez przyzmat postanowień SIWZ zostały złożone czy też nie, nie odnosi się ten zarzut co do tego w jaki sposób oferta Przystępującego została oceniona i punktowana w ramach kryterium ocena koncepcji.

W dalszej części, Izba podkreśla, że co do zasady nie ma możliwości modyfikacji zarzutu z braku wezwania do wyjaśnień Przystępującego, do niedostatecznego wyjaśnienia w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego, czyli prowadzonej korespondencji w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wątpliwych kwestii. W rezultacie zarzut ten mógłby być już z tej przyczyny oddalony, ale z petitum odwołania wynika zarzut szerszy niż z samego uzasadnienia, dlatego Izba rozpatrzy go w szerszym kontekście w dalszej części.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że utrwalone jest i stanowi dorobek orzeczniczy KIO oraz sądów powszechnych, że podstawą odrzucenia oferty z tytułu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ o charakterze merytorycznym, a nie formalnym. W rezultacie brak wymienienia literalnie jakiegoś załącznika, czy też niedostateczne wyartykułowanie informacji w tym zakresie, tudzież brak informacji o dołączeniu płyty CD nie może być podstawą odrzucenia jeśli dane dokumenty lub też płyta CD została bezsprzecznie dołączona – ważna jest bowiem merytoryczna treść, a nie forma oferty.

Tytułem przykładu: *"Niezdgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ"* (wyrok z 09.04.2015 r., sygn. akt: KIO 627/15). Podobnie: *"Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej"* (wyrok z 17.04.2015 r., sygn. akt: KIO 674/15); *"Niezdgodność oferty z treścią SIWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty, musi dotyczyć merytorycznych wymagań określonych w specyfikacji. Nie uzasadnia odrzucenia oferty jej niezgodność z SIWZ mająca charakter wyłącznie formalny, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia*

publicznego nie jest bowiem celem samym w sobie, lecz ma służyć realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, odpowiadającej potrzebom zamawiającego), z poszanowaniem zasad jawności, przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców" (wyrok z 16.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1414/15); "Złożenie oferty - co do zasady - stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć; że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie; zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia" (wyrok z 22.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1472/15).

W dalszej kolejności Izba odniesie się łącznie do trzech pierwszych zarzutów, uznając że co do istoty dotyczą one tych samych okoliczności faktycznych, uznając, że podlegają one oddaleniu.

Izba rozumie wątpliwości Odwołującego, ale wymóg załączenia wizualizacji (Rozdz. X ust. 14 pkt 5 SIWZ) – nie określa ani formatu, ani wyglądu, ani zawartości z pewnymi wyjątkami o czym w dalszej części uzasadnienia. Nadto, Odwołujący nie wyartykułował zarzutów co do sposobu oceny złożonej wizualizacji. Dodatkowo, przyznał, że nie miał wiedzy, ani o złożeniu płyty CD przez Przystępującego, ani prowadzonej przez Zamawiającego korespondencji z Przystępującym. Nie zaprzeczył, że nie dokonał wglądu u Zamawiającego w dokumentację postępowania, jedynie wnosił o przesłanie kopii ofert konkurencyjnych złożonych w postępowaniu. W rezultacie nie miał pełnej wiedzy, co ostatecznej treści oferty Przystępującego w tym zakresie i działań jakie podjął w tym kontekście Zamawiający.

Jednocześnie mimo braku określonych wymogów co do wizualizacji – SIWZ jasno określały, że znajduje się ona na płycie CD. (Rozdz. VI ust. 3 SIWZ). Taka płyta została złożona i zawierała treść zapisaną w powszechnie dostępnym formacie graficznym (tzn. projekt i opis / Rozdz. VI ust. 4 SIWZ/ - jakich pomieszczeń dotyczy). Brak było zaleceń co do stopnia szczegółowości dokonywanego opisu w takiej wizualizacji. Oferta Przystępującego zawierała także wersje papierową wizualizacji. Przy czym, brak było jakiegokolwiek zakazu, czy też obostrzenia, który niejednokrotnie znajduje się i jest stosowany przez innych Zamawiających, wykorzystania materiałów pochodzących, w tym

wypadku tylko graficznych, od Zamawiającego, tj. pierwotnego zał. nr 1, tzn. „Plany pomieszczeń”. W rezultacie argumentacja Odwołującego, w tym zakresie, co do braku dostosowania i mało autorskim charakterze przedstawionej wizualizacji tak na płycie CD, jak i wersji papierowej, może jedynie stanowić przyczynek do ewentualnych przyszłych postępowań, bo żaden uwarunkowania wyraźne i kategoryczne nie znajdowały się w SIWZ w tym zakresie. Izba podkreśla w tym miejscu ponownie, że nie było zarzutów, co do sposobu oceny przedstawionej wizualizacji przez Komisję Przetargowa. Nadto, Izba uznała, że poziom odzwierciedlenia wersji na płycie CD oraz wersji papierowej pozwala uznać je za prawie identyczne. Liczy bowiem się ich treść, a nie forma.

Względem wymogu z Rozdz. X ust. 14 pkt 6 SIWZ odnosi się on zamiennie do kart katalogowych lub folderów. Pierwszy człon dotyczy kart katalogowych ma charakter rozbudowany określa, co takie karty winny zawierać i kończy się stwierdzeniem „opis produktu potwierdzający spełnienie wymogów”, drugi człon jest o wiele mniej rozbudowany i zawiera jedynie stwierdzenie „przedstawiające proponowane meble”. W ocenie Izby, z uwagi na o wiele uboższy w swej treści zapis dotyczący folderów można za takie uznać dołączone do oferty i płytki CD materiały fotograficzne i wydruki danych katalogowych. W tym kontekście dołączone i wskazane wyżej materiały nie spełniały definicji karty katalogowej określonej w SIWZ, ale w swej treści są wystarczające za uznanie ich za foldery przedstawiające proponowane meble, z zaakcentowaniem stwierdzenia „proponowane”. Brak jest podstaw do obciążania Przystępującego negatywnymi konsekwencjami takich, a nie innych postanowień SIWZ. Otrzymane wyjaśnienia od Przystępującego z 11.10.2018 r. nie zmieniają stanowiska Izby w tym zakresie, a wręcz utwierdzają Izbę w tym stanowisku.

Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *„Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców”*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *„Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.”*

Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *„Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)”* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *„Wyrażona w art. 7*

ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów”.

Argumenty i sposób przygotowania oferty przez Odwołującego w kontekście wymogów z Rozdz. X ust. 14 pkt 5 i 6 SIWZ był jednym z wielu możliwych. Wydaje się bowiem, że SIWZ nie była jednoznaczna w odbiorze skoro dwóch bezsprzecznie profesjonalnych Wykonawców w ogóle nie dostrzegło konieczności złożenia wizualizacji na płycie CD lub DVD, co skutkowało odrzuceniem ich ofert. Niewykluczone, że wpłynęło także na powyższe treść zał. nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) /Rozdz. VI ust. 2 SIWZ/, gdzie oprócz wersji graficznej znajdował się tekst, gdzie Zamawiający dopuszczał możliwość zmiany wizualizacji na etapie realizacji, czyli wizualizacja z oferty nie miała charakteru ostatecznego /Rozdz. II ust. 1 do 6 OPZ, czyli zał. nr 1 do SIWZ/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie ostatniego zarzutu, to z uwagi na oddalenie pozostałych zasadniczych zarzutów, także ostatnie zarzut podlega oddaleniu. Jednocześnie, co należy dodatkowo podkreślić, kwestia nakładów, które poniósł Odwołujący, aby dostosować w sposób autorski wizualizacje do oczekiwań Zamawiającego pojawiła się dopiero na rozprawie i nie ma odzwierciedlenia, ani w petitum, ani w uzasadnieniu odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....