

Sygn. akt: KIO 2911/20

WYROK
z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 listopada 2020 r.** przez wykonawcę **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FPN Kartuzy W. S.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Nakielski Ośrodek Kultury,**

przy udziale wykonawcy **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Megan Seating M. G.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FPN Kartuzy W. S. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FPN Kartuzy W. S.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FPN Kartuzy W. S.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **508,00** (słownie: pięćset osiem złotych) jako zwrot kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 9 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FPN Kartuzy W. S. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Nakielskiemu Ośrodkowi Kultury (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn. „Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej”:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp na skutek dokonania nieprawidłowej oceny foteli pokazowych pod kątem „Kryterium jakości i estetyki” i wyboru oferty przedsiębiorcy o nazwie „MEGAN SEATING M. G.”;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez sformułowanie na stronie 16 SIWZ sposobu oceny „Kryterium jakości i estetyka (J)” w sposób ogólny i niejasny, wyrażający się m.in. brakiem przypisania znaczenia (wagi) poszczególnym wymienionym elementom składającym się na ww. Kryterium;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez dokonanie punktacji „Kryterium jakości i estetyki” metodą porównanie do siebie ofert;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez nie odrzucenie oferty Cavea Design Sp. z o.o., pomimo tego, że jej treść nie odpowiadała SIWZ, albowiem model pokazowego fotela posiadał tapicerkę wykonaną z materiału o fakturze tkaney;
- 5) art. 7 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez sformułowanie na stronie 16 SIWZ sposobu oceny „Kryterium wytrzymałości pianki (P)” w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie przetargu, względnie nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie „Kryterium wytrzymałości pianki”, „Kryterium jakości i estetyka”, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z: przesłuchania Odwołującego na okoliczność: jakości jak i prawidłowości modeli pokazowych foteli z postanowieniami SIWZ; atestu i oceny jakości użytej pianki; oględzin modeli pokazowych foteli Odwołującego, jak i pozostałych oferentów.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa i montaż foteli w ramach zadania pod nazwą: „Dostawa i montaż foteli w ramach zadania pod nazwą „Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej”. Odwołujący wskazał, że w terminie złożył swoją ofertę, która spełniała wszelkie formalne wymogi Zamawiającego. Poza Odwołującym swoje oferty złożyło jeszcze trzech innych przedsiębiorców. Zamawiający w dniu 02 listopada 2020r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się być oferta przedsiębiorcy o nazwie „MEGAN SEATING M. G.”. Oferta ta uzyskała 94,66 punktów. Oferta Odwołującego uzyskała 50 punktów. Pozostała uwzględniona przez Zamawiającego oferta, pochodząca od Cavea Design Sp. z o.o. uzyskała punktów 66,66 punktów (Zamawiający tutaj omyłkowo wskazuje w Zawiadomieniu z dnia 02 listopada 2020r. na 86,66 punktów).

Odwołujący wskazał, że czynnikiem faktycznie decydującym przy wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym było „Kryterium jakości i estetyki”. Zamawiający kryteria te opisał na stronie 16 i 17 SIWZ.

Kryterium wytrzymałości pianki

Kryterium wytrzymałości pianki oceniane było w ten sposób, że wykonawca który przedstawi dokument potwierdzający, że użyta przez niego pianka została przebadana 400.000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010 otrzyma 10 punktów w kryterium oceny ofert.

Kryterium jakość estetyką

Kryterium jakość estetyka według SIWZ oceniano w zakresie:

- poprawnego zastosowania i wszycia dodatków,
- ogólnej estetyki w zakresie uformowania wkładów z pianki poliuretanowej, linii szycia, rozstawu i skoku igły, poprawności działania funkcji oraz montażu podzespołów, licowania elementów, zmarszczeń pokrowca i występujących uszkodzeń mechanicznych, jednolitość wybarwienia elementów drewnianych i tapicerowanych. Zgodność materiału zastosowanego w fotelu stanowiącym wzór z przedstawionym wzornikiem tkanin i SIWZ,

Dalej Odwołujący wskazał, że oględzin foteli dokona powołany do sprawy biegły, który przedstawi podsumowanie zawierające ranking foteli ocenianych. Pozycja w rankingu będzie odpowiadać ocenie fotela pod względem spełnienia wymagań w/w kryterium. Ocena foteli zostanie dokonana na zasadzie porównywania fotela najlepszego w rankingu z fotelem najgorzej ocenionym. Oferta najlepsza otrzymuje maksymalną liczbę 40 punktów, najgorsza

minimalną - zero punktów, a pozostałe oferty sytuuje się odpowiednio na skali pomiędzy tymi dwoma.

Odwołujący wskazał, że zgodnie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest opisać w SIWZ kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny. W toku oceny ofert Zamawiający jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w SIWZ. Oceniając oferty Zamawiający nie może odstąpić od postanowień Specyfikacji w tym zakresie, nie może też ich uszczegółwić w sposób, który nie został jednoznacznie wskazany w Specyfikacji. Natomiast wszelkie odstępstwa zamawiającego przy ocenie ofert od opisu kryteriów i sposobu ich oceny stanowią naruszenie zasad zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Na stronie 16 SIWZ wymieniono kryteria:

- poprawnego zastosowania i wszycia dodatków,
- ogólnej estetyki w zakresie uformowania wkładów z pianki poliuretanowej, linii szycia, rozstawu i skoku igły, poprawności działania funkcji oraz montażu podzespołów, licowania elementów, zmarszczeń pokrowca i występujących uszkodzeń mechanicznych, jednolitość wybarwienia elementów drewnianych i tapicerowanych. Zgodność materiału zastosowanego w fotelu stanowiącym wzór z przedstawionym wzornikiem tkanin i SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ Komisja miała dokonać oceny jakości i estetyki modelu pokazowego fotelu na podstawie opinii rzeczoznawcy. Powołany rzeczoznawca miał dokonać oceny foteli pokazowych na podstawie kryteriów wskazanych na stronie 16 SIWZ i sporządzić stosowny ranking. W niniejszym postępowaniu przetargowym powołany rzeczoznawca nie ocenił w jakim stopniu prezentowane fotele pokazowe spełniają kryteria wymienione na stronie 16 SIWZ, lecz dokonał „odbioru technicznego” foteli. W ocenie Odwołującego treść Opinii technicznej z dnia 30 października 2020r. wskazuje, że na przyjęty przez rzeczoznawcę „Zakres oceny” składał się: wymiary gabarytowe; rodzaj zastosowanych komponentów; zgodność z opisem ogólnym SIWZ; Boki fotela i system SIWZ; Oparcie i siedzisko SIWZ; Tapicerka - rodzaj; Jakość szycia i tapicerowania; Montaż i regulacja okuć/mechanizmów; Ergonomia użytkowa; Elementy Wolne od uszkodzeń; Ogólna estetyka; Kompletność podzespołów Badanie pianki. Kryteria te nie nawiązują do tych wymienionych na stronie 16 SIWZ. Ponadto, z opinii rzeczoznawcy wynika wprost, że posłużył się niedopuszczalnym, ogólnie sformułowanym kryterium „Ogólna estetyka”, co stanowi rażące naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego dokonanie przez rzeczoznawcę nieprawidłowej oceny foteli pokazowych pod kątem „Kryterium jakości i estetyki” z pominięciem kryteriów wymienionych na stronie 16 SIWZ w sposób oczywisty wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargowym. Ponadto, Odwołujący zakwestionował ustalenia rzeczoznawcy w zakresie tego, iż oferowany przez niego produkt posiada ostre naroża, wgniecenia, zmarszczenia pokrowca, miejsca w których następuje ścieranie się farby.

Niezależnie od powyższego zarzutu, Odwołujący wskazał, że przyjęte przez Zamawiającego „Kryterium jakości i estetyki” narusza art. 7 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 13 ustawy w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp. Po pierwsze opisane na stronie 16 SIWZ kryteria jakości i estetyki nie spełniają wymagań ww. przepisów ustawy Pzp. Zamawiający na stronie 16 wymienił 9 różnych czynników (kryteriów), którymi będzie się kierował oceniając „Kryterium jakości i estetyki”. Opis tych kryteriów powinien komunikować wykonawcom preferencje zamawiającego i być na tyle jednoznaczny, aby umożliwić wykonawcy maksymalne dostosowanie oferty do preferencji Zamawiającego. W szczególności Wykonawca nie może zgadywać, na którym z kryteriów i jak bardzo Zamawiającemu zależy. Brak przypisania wagi, opisanie znaczenia poszczególnych przedstawionych na stronie 16 SIWZ czynników (kryteriów) spowodowało, że Zamawiający nie był w stanie ustalić, które z wymienionych kryteriów będzie miało pierwszoplanowe znaczenie przy ocenie foteli pokazowych przez rzeczoznawcę. Problem ten w pełni uwidocznił się w treści opinii technicznej z dnia 30 października 2020 r., w której rzeczoznawca nie nawiązał do kryteriów wymienionych w SIWZ i dokonał oceny foteli wedle przyjętej przez siebie metodologii oraz własnych kryteriów, którym nadał własną wagę i znaczenie.

Po drugie, w ocenie Odwołującego, przyjęty w SIWZ sposób punktowania „Kryterium jakość i estetyka” metodą porównanie do siebie ofert poszczególnych oferentów w świetle przedmiotowego postępowania przetargowego w sposób wyraźny narusza zasady uczciwej konkurencji. Metoda ta, przy niskiej liczbie oferentów, prowadzi do tego, że niewielka odmienność w jakości oferowanego produktu, znajduje niewymierne przełożenie w liczbie uzyskanych punktów. W skrajnym przypadku, w sytuacji wpłynięcia dwóch ofert, jedna w kategorii „Kryterium jakość i estetyka” otrzymuje 40 punktów, a druga 0 punktów. W efekcie kategoria ta pomimo tego, że ma wagę 40%, to w rzeczywistości, przy małej liczbie oferentów (z uwagi na sposób obliczenia punktacji w kategorii „Kryterium: cena brutto (C)”) przesądza o wyniku przetargu. W przedmiotowym przetargu, niezależne od jakościowych różnic pomiędzy zaprezentowanymi modelami foteli, różnica w ocenie każdego z nich musiała wynieść 20 bądź 40 punktów. Zdaniem Odwołującego punktowanie niezwykle

złożonego kryterium, jakim jest „Kryterium jakość i estetyka” metodą porównania prowadzi do niepożądanych wyników, naruszając przy tym zasadę uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego posłużenie się, przez Zamawiającego zawartymi w SIWZ postanowieniami, które naruszają ww. przepisy ustawy Pzp, miało bezpośrednie przełożenie na wynik postępowania przetargowego.

Dalej Odwołujący wskazał odnośnie tapicerki fotelu modelu pokazowego wykonanego przez Cavea Design Sp. z o.o. wskazać należy, że Zamawiający na stronie 5 SIWZ wyraźnie zaznaczył, że nie dopuszcza tkanin o fakturze tkanej. Co prawda, wskazano cyt. „...nie dopuszcza stosowania tkanin tkanych o fakturze tkanej...”, niemniej wydaje się, że mamy tutaj do czynienia z omyłką pisarską i zapis ten winien brzmieć „stosowania tkanin nietkanych o fakturze tkanej”. Wynika to z tego, iż Zamawiający na tej samej stronie wskazał, że nie dopuszcza tkanin połyskliwych oraz tkanych. Zgodnie z SIWZ (str. 6) model pokazowy oferowanego fotela winien być zgodny z kartą produktu. Odwołujący wskazał, że z treści Opinii technicznej z dnia 30 października 2020r. wynika, że tapicerka modelu pokazowego fotela oferenta - Cavea Design Sp. z o.o. wykonana jest z materiału o fakturze tkanej, tj. materiału którego Zamawiający nie dopuszcza.

W ocenie Odwołującego sposób oceny „Kryterium wytrzymałości pianki” w sposób rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. Nazwa tego kryterium wskazuje, iż będzie premiować oferenta, który zaoferuje Zamawiającemu najbardziej wytrzymałą piankę. Natomiast, sposób oceny ww. kryterium sprowadza się do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że użyta przez oferenta pianka została przebadana 400.000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010.

Odwołujący wskazał, że na stronie 6 SIWZ Zamawiający wymaga od oferentów przedłożenia atestu przebadania pianki 400.000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010. Zamawiający dopuszcza także rozwiązania równoważne. Odwołujący wskazują, że przedłożył Zamawiającemu atest dowodzący tego, że użyta przez niego pianka została przebadana 400.000 cykli wg norm: PN-EN ISO 3385:2014, PN-EN ISO 2439:2010. Jest to rozwiązanie równoważne, które zamawiający dopuszcza i które winno mieć swoje odzwierciedlenie w ocenie „Kryterium wytrzymałości pianki”. Niezależnie od powyższego, sprowadzanie oceny wytrzymałości pianki do okazania jednego, ściśle opisanego atestu, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego wymienione powyżej naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych spowodowało, iż Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp

przeprowadził przedmiotowe postępowanie przetargowe. W wyniku czego w sposób nie prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej”.

W Rozdziale III SIWZ, Zamawiający opisał tryb udzielenia zamówienia. W pkt 3, Zamawiający wskazał, że stosownie do dyspozycji art. 24 aa) Pzp, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli Wykonawca, o którym mowa w pkt 1, uchyla się od zawarcia Umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający zbada, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert.

W Rozdziale IV, Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał m.in. wymaga następujących atestów: trudnopalności oferowanych foteli wg normy PN-EN 1021-1:2014 oraz normy PN-EN 1021-2:2014; toksyczności wg normy PN-88/B-02855; badanie wytrzymałości i bezpieczeństwa rozwiązań konstrukcyjnych oferowanych foteli wg normy PN- EN 12727:2016 poziom minimum 4; atest higieniczny oferowanych foteli wydany przez PZH; atest badania odporności na ścieranie tapicerki oraz pilling; badanie pianki na 400 000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010. Zamawiający dopuszcza by badanie pianki na 400 000 cykli było wykonane wg PN-EN ISO 3385:2014 np. do 50.000, 80.000 lub 100.000 cykli zgodnie z wytycznymi w/w normy a dla kolejnych cykli badania wg PN - EN 12727.

Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą dostarczyć model pokazowy ofertowanego fotela o wymiarach, konstrukcji, parametrach i tapicerce zgodnej z SIWZ oraz kartą katalogową wraz z wzornikiem tapicerek. Nie dopuszcza się przedkładania wzornika w postaci skanu/zdjęcia/wydruku. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia badania

dostarczonego fotela pod kątem spełniania warunków SIWZ, a w szczególności: demontażu siedziska/oparcia, demontażu układu tapicerskiego, odstonięcia pianki z konstrukcji ramy i wzmocnień siedziska, jak i oparcia.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że w przypadku użycia w SIWZ lub załącznikach odniesień do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Przyjęte urządzenia zostały użyte w celu opisanego przedmiotu zamówienia i Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca uprawniony jest do przedstawienia w ofercie materiałów i urządzeń równoważnych, o nie gorszych parametrach (za wyjątkiem zmian w zakresie tkaniny, których zamawiający nie dopuszcza). Wykonawca powinien określić ich parametry, celem wykazania, że spełniają warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale XV Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający wskazał, że uzna za najkorzystniejszą ofertę, która uzyska najwyższą ilość punktów biorąc pod uwagę nw. kryteria:

Kryterium: cena brutto (C) - waga 50%

Kryterium: wytrzymałość pianki (P) - waga 10%

Kryterium: jakość i estetyka (J) - waga 40%

Dokonanie oceny ofert nastąpi przez sumowanie punktacji w/w kryteriów.

1) punktacja za kryterium cenę brutto (C) będzie obliczana na podstawie wzoru:

$C \text{ -----} \times 50 \text{ punktów, przy czym } 1 \text{ punkt } 1 \%$

C - otrzymana ilość punktów w kryterium ceny

C_n - najniższa cena ofertowa

C_b - cena oferty badanej

2) punktacja za kryterium wytrzymałości pianki (P) obliczana zostanie na podstawie wzoru:

Jeśli wykonawca zastosuje piankę przebadaną na 400 000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010 otrzyma 10 punktów w kryterium oceny ofert. Badanie wytrzymałości musi być potwierdzone odpowiednim dokumentem

przedłożonym wraz z ofertą. Jeśli wykonawca zastosuje piankę przebadaną na 400 000 cykli wg różnych norm otrzyma 0 punktów w kryterium oceny ofert. Dokument potwierdzający badania należy załączyć wraz z ofertą.

3) punktacja za kryterium jakość i estetyka (J) w zakresie:

- poprawnego zastosowania i wszycia dodatków (zamki, wciąg),
- ogólnej estetyki w zakresie uformowania wkładów z pianki poliuretanowej, linii szycia, rozstawu i skoku igły, poprawności działania funkcji oraz montażu podzespołów, licowania elementów, zmarszczeń pokrowca i występujących uszkodzeń mechanicznych, jednolitość wybarwienia elementów drewnianych i tapicerowanych. Zgodność materiału zastosowanego w fotelu stanowiącym wzór z przedstawionym wzornikiem tanin i SIWZ.

W celu przyznania punktów w tym kryterium Komisja przetargowa posłuży się opinią rzeczoznawcy. W tym celu sekretarz komisji dokona anonimizacji foteli przedstawionych wraz z ofertą jako modele prezentacyjne, numerując je cyframi arabskimi, maskując wszelkie oznaczenia producenta/oferenta znajdujące się na modelach. Działania te mają na celu umożliwienie obiektywnej oceny przez rzeczoznawcę. Badanie zostanie przeprowadzone w sali widowiskowo-kinowej, przy maksymalnym natężeniu oświetlenia przewidzianego i zainstalowanego w tym pomieszczeniu. Biegły po dokonaniu oględzin przedstawi Komisji podsumowanie zawierające ranking foteli ocenianych w/w kryterium. Pozycja w rankingu odpowiadać będzie ocenie pod względem spełniania wymagań w/w kryterium. Tym samym, pierwszy fotel w rankingu będzie fotelem, który w opinii biegłego w największym stopniu spełnia wymagania kryterium, a ostatni fotel spełnia wymagania w najmniejszym zakresie. Po uszeregowaniu foteli w kolejności Komisja przetargowa dokona punktacji foteli według wzoru: Fotel spełniający wymagania w najmniejszym zakresie otrzyma 0 punktów, a każdy następny o 5 punktów więcej. W przypadku oceny foteli jako jednakowe (miejsca ex equo) Komisja przyzna tyle samo punktów tym dwóm fotelom.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożone następujące oferty:

Numer oferty	Nazwa i adres oferenta	Cena oferty w złotych brutto	Cykle wytrzymałości pianki	Załączono fotel do badania
1.	TRONUS Polska, ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa	304 690,68 zł		nie

2.	MEGAN SEATING M. G., Otowice 41, 86-070 Dąbrowa Chełmińska	232 470,00 zł	400 000	tak
3.	Cevea Design Sp. z o.o., ul. Piastowska 8D lok. 3, 30211 Kraków	232 470,00	400 000	tak
4.	FPN Kartuzy W. S., ul. Gdańska 41, 83-300 Kartuzy	207 673,20 zł	400 000	tak

Izba ustaliła, że w dniu 30 października 2020 r. rzeczoznawca powołany przez Zamawiającego sporządził opinię techniczną. W opinii w pkt 4 zawarto następującą opinię:

Kryteria rankingu odnoszą się tylko do zakresu opisanego w XV.1.3.

1 miejsce rankingu — w największym stopniu spełnia kryteria XV.1.3.	Fotel oznaczony symbolem 2
2 miejsce rankingu	Fotel oznaczony symbolem 1
3 miejsce rankingu — w najmniejszym stopniu spełnia kryteria XV.1.3.	Fotel oznaczony symbolem 3

Izba ustaliła, że w dniu 2 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby, nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego. Tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba uznała, że następujące zarzuty podniesione są zarzutami spóźnionymi:

- 1) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 13 w zw. z art. 91 ust. 2 d ustawy Pzp poprzez sformułowanie na stronie 16 SIWZ sposobu oceny "Kryterium

jakości i estetyki (J)” w sposób ogólny i niejasny wyrażający się między innymi brakiem przypisania znaczenia wagi poszczególnym wymienionym elementom składających się na ww. kryterium;

- 2) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 zw. z art. 91 ust. 2 d ustawy Pzp poprzez dokonania punktacji "Kryterium jakości i estetyki" metodą porównanie do siebie oferty;
- 3) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez sformułowanie na stronie 16 SIWZ sposobu oceny "Kryterium wytrzymałości pianki (P) w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego zawarta w treści odwołania względem ww. zarzutów jest polemiką wykonawcy z zapisami SIWZ. Wykonawca podniósł, m.in. że: *„...przyjęte przez Zamawiającego „Kryterium jakości i estetyki” narusza art. 7 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 13 ustawy w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp. Po pierwsze opisane na stronie 16 SIWZ kryteria jakości i estetyki nie spełniają wymagań ww. przepisów ustawy Pzp”, „Brak przypisania wagi, opisanie znaczenia poszczególnych przedstawionych na stronie 16 SIWZ czynników (kryteriów) spowodowało, że Zamawiający nie był w stanie ustalić, które z wymienionych kryteriów będzie miało pierwszoplanowe znaczenie przy ocenie foteli pokazowych przez rzeczoznawcę”, „przyjęty w SIWZ sposób punktowania „Kryterium jakość i estetyka” metodą porównanie do siebie ofert poszczególnych oferentów w świetle przedmiotowego postępowania przetargowego w sposób wyraźny narusza zasady uczciwej konkurencji”, „W ocenie Odwołującego sposób oceny „Kryterium wytrzymałości pianki” w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji”, „sposób oceny „Kryterium wytrzymałości pianki” w sposób rażący narusza zasadę uczciwej konkurencji. Nazwa tego kryterium wskazuje, iż będzie premiować oferenta, który zaoferuje Zamawiającemu najbardziej wytrzymałą piankę. Natomiast, sposób oceny ww. kryterium sprowadza się do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że użyta przez oferenta pianka została przebadana 400.000 cykli wg normy PN-EN ISO 3385:2014 metodą A wg normy PN-EN ISO 2439:2010”.*

Zadaniem Izby wymienione zarzuty wprost dotyczą zapisów SIWZ, z którymi Odwołujący mógł zapoznać się w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu tj. 15.10.2020. Zgodnie z art. 182 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w

którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”. Tym samym ewentualny termin składania odwołania na ww. zarzuty minął 20.10.2020. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia Zarzut naruszeni art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp na skutek dokonania nieprawidłowej oceny foteli pokazowych pod kątem "Kryterium jakości i estetyki" w wyboru oferty przedsiębiorcy o nazwie Megan Seating M. G.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, ocena próbek przedmiotu zamówienia złożonych przez wykonawców w kryterium oceny jakości i estetyka obejmowała ocenę w zakresie: (i) poprawnego zastosowania i wszycia dodatków (zamki, wciągi); (ii) ogólnej estetyki w zakresie uformowania wkładów z pianki poliuretanowej, linii szycia, rozstawu i skoku igły, poprawności działania funkcji oraz montażu podzespołów, licowania elementów, zmarszczeń pokrowca i występujących uszkodzeń mechanicznych, jednolitość wybarwienia elementów drewnianych i tapicerowanych. Zgodność materiału zastosowanego w fotelu stanowiącym wzór z przedstawionym wzornikiem tkanin i SIWZ. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w celu przyznania punktów w tym kryterium Komisja przetargowa posłuży się opinią rzeczoznawcy. Zgodnie zaś z zapisami Rozdziału XV.1.3, rzeczoznawca po dokonaniu oględzin przedstawi Komisji podsumowanie zawierające ranking foteli ocenianych w/w kryterium. Pozycja w rankingu odpowiadać będzie ocenie pod względem spełnienia wymagań w/w kryterium.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż ocena próbek została przeprowadzona przez Zamawiającego niezgodnie z przyjętymi zapisami SIWZ. Po pierwsze wskazać należy, że to komisja przetargowa dokonywała oceny próbek, wspomagając się w tym zakresie opinią rzeczoznawcy. Po drugie, okolicznością bezsporną jest to, że rzeczoznawca sporządził wymaganą opinię. Zgodnie z zapisami SIWZ opinia powinna zawierać ranking ofert ocenionych w kryterium jakości i estetyka (J). Nie budzi wątpliwości fakt, iż opinia rzeczoznawczy z dnia 30 października w pkt 4 zawiera taki ranking. Dodatkowo rzeczoznawca wyraźnie zaznaczył, że ranking dotyczy tylko zakresu opisanego w XV 1.3. Po trzecie, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika wymagany przez Zamawiającego zakres informacji jakie rzeczoznawca winien zamieścić w opinii.

Zamawiający wymagał rankingu ofert i taka informacja została zwarta w dokumencie. Po czwarte, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że rzeczoznawca nie ocenił i w jakim stopniu próbek w ramach kryterium (J). Odwołujący posługuje się ogólnym stwierdzeniem, iż rzeczoznawca dokonał oceny foteli na podstawie innych parametrów niż wskazane w pkt XV.3.1, nie uzasadniając jednak w żaden sposób swojego stanowiska. To, że rzeczoznawca dokonał analizy próbek w szerszym zakresie niż wynikającym ze SIWZ nie może stanowić o zasadności zarzut Odwołującego. Z treści opinii rzeczoznawcy wynika w sposób jednoznaczny, iż fotele były ocenione względem kryterium wskazanego w pkt XV.1.3. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych. Po piąte, jak stwierdzi Odwołujący w treści odwołania przyjęte w pkt XV.1.3 kryteria oceny Jakości miały charakter niejednoznaczny, co uwidoczniło się w treści opinii technicznej z dnia 30 października 2020 r., w której rzeczoznawca nie nawiązał do kryteriów wymienionych w SIWZ i dokonał oceny foteli wedle przyjętej przez siebie metodologii oraz własnych kryteriów, którym nadał własną wagę i znaczenie. Zdaniem Izby Odwołujący podejmuje próbę negocjowania prawidłowości oceny próbek poprzez spóźniony zarzut dotyczący treści SIWZ. Należy wskazać, że w zakresie oceny jakości i estetyki, Zamawiający posłużył się pojęciem „ogólnej estetyki” wskazując elementy jakie winny zostać ocenione w tym kryterium. Biegły ocenił jakość szycia, co odpowiada kryterium oceny poprawnego zastosowania i wszycia dodatków, linii szycia, rozstawu i skoku igły, ocenił jakość tapicerowania co odpowiada kryterium oceny jednolitości wybarwienia tapicerowania, ocenił montaż i regulację okuć/mechanizmów, co odpowiada kryterium oceny poprawność działania funkcji i montażu podzespołów, licowania elementów, wreszcie biegły ocenił ogólną estetykę do jakiej referuje kryterium jakości. Należy podkreślić, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż biegły nie ocenił elementów wskazanych w SIWZ. Co więcej, nie wykazał, że biegły dokonał niewłaściwej oceny próbki złożonej przez Odwołującego. Zdaniem Izby, Odwołujący próbuje na etapie badania i oceny ofert kwestionować zapisy SIWZ dotyczące przyjętej przez Zamawiającego procedury oceny próbek. Takie działanie Odwołującego uznać należy za spóźnione. Odwołujący miał możliwość kwestionowanie zapisów SIWZ w zakresie sposobu sporządzenia opinii rzeczoznawcy czy zakresu informacji jakie powinna ona zawierać. Nie uczynił tego w odpowiednim momencie postępowania przetargowego, zaś na obecnym etapie postępowania podnoszone argumenty są zdaniem Izby spóźnione. W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż ocena próbek dokonana przez Zamawiającego, z pomocą opinii rzeczoznawcy odbyła się z naruszeniem ww. postanowienia SIWZ dotyczących oceny ofert. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący nie wskazał w jakim zakresie oferta wybrana Megan Seating M. G. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ oraz co istotniejsze nie wskazał na jakiej podstawie prawnej i faktycznej powinna być

odrzucona. Co istotne Odwołujący również nie kwestionował wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie kwestionował przyznanej wybranemu wykonawcy punktacji w kryteriach oceny ofert.

Odnoszą się do argumentu Odwołującego o przedłożeniu wraz z ofertą atestu równoważnego potwierdzającego, że użyta przez niego pianka została przebadana 400.000 cykli wg norm: PN-EN ISO 3385:2014, PN-EN ISO 2439:2010, to Izba wskazuje, że Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca uprawniony jest do przedstawienia w ofercie materiałów i urządzeń równoważnych, o nie gorszych parametrach (za wyjątkiem zmian w zakresie tkaniny, których zamawiający nie dopuszcza). Wykonawca powinien określić ich parametry, celem wykazania, że spełniają warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący miał obowiązek wskazać w ofercie, iż przedkłada atest równoważny do wymaganego przez Zamawiającego i jednocześnie wykazać ową równoważność parametrów. Odwołujący zaniechał obu czynności na etapie składania ofert, co, w ocenie Izby, powoduje, iż zarzut uznać należy za niezasadny.

Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez nie odrzucenie oferty Cavea Design sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ albowiem model pokazowego fotela posiadał tapicerkę wykonaną z materiału o fakturze tkanej

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zdaniem Izby brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Cavea Design sp. z o.o. na obecnym etapie postępowania. Zamawiający, zgodnie z postanowieniami SIWZ, zastosował procedurę odwróconą, wskazaną w art. 24aa ustawy Pzp. Tym samym, w toku postępowania Zamawiający nie dokonywał odrzucenia oferty ww. wykonawcy, ponieważ ze względu na łączną liczbę przyznanych punktów, a co za tym idzie, kolejność ofert oferta w/w firmy nie była badana w kolejnym (trzecim) etapie postępowania. Gdyby przyjąć, że najkorzystniejsza oferta została odrzucona, wtedy Zamawiający przystąpiłby do kolejnego etapu badania oferty Cavea Design.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: