

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Sun&More Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy J. G. - K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Perfect Image J. G. - K. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2376/21

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę

organizacji wydarzenia o charakterze kongresu pn. „CLIMATE-CON 2021 - Śląski Konwent Klimatyczny” (nr ref. OR-ZN.272.3.3.2021.MKC). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lipca 2021 r. nr 2021/BZP 00107275/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. wykonawca Sun&More Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Perfect Image J. G.-K. w Warszawie (dalej jako „Perfect Image”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty

Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert, skutkującej zawyżeniem o 10 liczby punktów przyznanych Perfect Image według kryteriów

wskazanych w Rozdziale XV pkt 3.2.1.1 ppkt b i Rozdziale XV pkt 3.2.1.2 ppkt b,

podczas gdy Perfect Image winien otrzymać 0 punktów w tym kryterium, a nie 10 punktów;

2. art. 109 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Perfect Image przedstawiła nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, które pozwoliły temu wykonawcy uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert określonych

w SWZ, podczas gdy projekt Perfect Image nie ma:

- różnorodnej kolorystyki roślin - chyba, że weźmie się pod uwagę rośliny jasno i ciemno zielone;
- użytych materiałów naturalnych typu drewno, juta itp. - nie widać tego na projektach graficznych, nie ma tego w opisach,

co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty

najkorzystniejszej;

3. art.16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty złożonej przez Perfect Image jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że za kryterium określone w Rozdziale XV pkt

3.2.1.1 ppkt b SWZ oraz w Rozdziale XV pkt 3.2.1.2 ppkt b oferta ta powinna otrzymać 0 punktów co spowodowałoby, iż w takiej sytuacji jako najkorzystniejsza i jedyna powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Perfect Image jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty firmy Perfect Image w związku ze złożeniem wadliwych środków dowodowych zgodnie z Rozdziałem IV SWZ, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru Oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; jedynej niepodlegającej odrzuceniu, mieszczącej się w budżecie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, iż w kryteriach opisanych w SWZ w Rozdziale XV pkt 3.2.1.1 ppkt b) oraz pkt 3.2.1.2 ppkt b) dwie kluczowe sprawy to różnorodna kolorystyka żywych roślin oraz zastosowanie naturalnych materiałów typu juta, drewno itp. Uważna analiza złożonych w sprawie ofert, prowadzi do wniosku, że projekt Odwołującego obejmuje zarówno różnorodną kolorystykę - zielone i fioletowe rośliny przedstawione graficznie i opisowo w projekcie oraz użycie naturalnych materiałów - przedstawione graficznie oraz zawarte słownie w opisie. Na projekcie umieszczono drewniane elementy pod okrągłą dekoracją z napisami, oraz oznaczono ten fakt w dodatkowym opisie "zielona duża ściana (plecy) z ozdobnymi okręgami umieszczonymi na tle drewna". Natomiast projekt Perfect Image nie ma różnorodnej kolorystyki roślin, użytych materiałów naturalnych typu drewno, juta itp. - nie widać tego na projektach graficznych, nie ma tego w opisach. Taka sama sytuacja zachodzi w przypadku oceny dużej ścianki konferencyjnej i małej ścianki recepcyjnej. Tymczasem Perfect Image w ramach wyżej wskazanych kryteriów oceny ofert uzyskał maksymalną ilość punktów. Zdaniem Odwołującego prawidłowo oceniając treść złożonej ofert wykonawca ten powinien otrzymać 0 punktów w każdej kategorii. W tej sytuacji Odwołujący wygrałby w całościowej kwalifikacji.

Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający wymagał złożenia wstępnych projektów graficznych aranżacji ściany zieleni jako przedmiotowych środków dowodowych. Zauważył, że służyć one potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, ich nie złożenie lub wadliwe złożenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. W konsekwencji brak

zastosowania i wykazania jednego z trzech elementów wystroju ścianek i stoisk podlega odrzuceniu. Zamawiający dokonał takiej czynności w przypadku braku oznaczeń roślin w stosunku do innych wykonawców. Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni załączony do oferty firmy Perfect Image nie spełnia warunków opisanych w Rozdziale IV SIWZ. Zamawiający dokładnie określił, że załączone projekty muszą się składać „z żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp. z uwzględnieniem właściwego oświetlenia”, natomiast przedstawione projekty składają się tylko i wyłącznie z żywej roślinności i oświetlenia. Zarówno na wizualizacjach jak i w opisach nie ma informacji o wykorzystaniu obowiązkowych materiałów naturalnych typu drewno, juta itp. Przesłane projekty nie powinny pozostawiać wątpliwości co do ich zawartości i uwzględnienia wszystkich obowiązkowych elementów opisanych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ projekty nie podlegają uzupełnieniu, a ich zawartość i zakres nie może być zmieniony po otwarciu ofert w drodze dodatkowych wyjaśnień. Z opisu wyraźnie wynika, iż zastosowanie ww. materiałów jest obligatoryjne, Zamawiający nie daje możliwości wyboru poprzez sformułowania typu: „żywych roślin albo materiałów naturalnych”, „żywych roślin lub materiałów naturalnych”. Zastosowany spójnik „oraz” nie pozostawia wątpliwości, że wymogiem jest uwzględnienie w projekcie wszystkich wymienionych elementów. Dodatkowo w kryteriach oceny ofert (Rozdział XV pkt 3.2) Zamawiający odwołuje się do wymaganych materiałów (lit. a i b), a zapisy te potwierdzają wymóg Zamawiającego opisany w rozdziale IV dotyczący obowiązku zastosowania w projekcie ścian zieleni materiałów naturalnych typu drewno, juta itp.

Wątpliwości Odwołującego budzi także ilość punktów uzyskanych przez firmę Perfect Image. Jeżeli w swoich projektach nie zastosowali obowiązkowych materiałów naturalnych

typu drewno, juta itp. to niezrozumiałe - sprzeczne z zasadą równości traktowania wykonawców jest przyznanie maksymalnej ilości punktów w zakresie kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni”. Zgodnie z opisanymi kryteriami Zamawiający nie mógł przyznać punktów, bowiem nie był w stanie ocenić czy zastosowane poszczególne elementy tworzą „harmonijną, estetyczną całość” bowiem część wymaganych materiałów nie została w ogóle ujęta w projekcie. Wybór oferty firmy Perfect Image jest w ocenie Odwołującego naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. Jest nadto niekonsekwentny w kontekście odrzucenia ofert innych wykonawców w podobnej sytuacji. Zastosowanie przez Odwołującego w projekcie ścian zieleni wszystkich wymaganych materiałów, w tym drewna, wpłynęło znacząco na zaoferowaną cenę, która jest wyższa od ceny firmy Perfect Image, której projekty nie zawierają wszystkich obowiązkowych materiałów. Oceniane oferty powinny być kompletne oraz powinny obejmować wszystkie elementy wymagane w SWZ i OPZ, dzięki czemu ich ocena będzie obiektywna.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także czynność wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Perfect Image, zostało przeprowadzone z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób przejrzysty - w związku z czym nie doszło do naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ocena oferty

Perfect Image dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa tj. zgodna z przyjętymi w SWZ kryteriami, a w konsekwencji w sposób prawidłowy został dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Perfect Image. Nie doszło do zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Perfect Image z uwagi na faktyczny brak przesłanek do dokonania takiej czynności, w szczególności przesłanek przywołanych w odwołaniu przez Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego niesłuszne jest twierdzenie o dokonaniu błędnej oceny oferty i projektu graficznego aranżacji dwóch ścian zieleni (6x2,5m oraz 1,5x2,5m) przygotowanego przez firmę Perfect Image w ramach kryterium „spójna i różnorodna kolorystyka żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno”. Zamawiający dokonał oceny spójności i różnorodności kolorystycznej projektu graficznego aranżacji ścian ww. firmy na podstawie analizy wykazu roślin (tj. jednego wymaganego przez Zamawiającego wykazu składowych aranżacji), w szczególności kolorów 4 roślin wskazanych w wykazie roślin i na rysunkach tj. monstera, eucalyptus, cordylina green, rescus. Każdej z roślin została przypisana odpowiednia nazwa koloru zielonego (zgodnie z poniższą tabelą przedstawiającą alfabetyczne zestawienie nazw kolorów zielonych) i tym samym wskazano 5 kolorów zielonych, które w ocenie Zamawiającego zostały zastosowane we wstępnych projektach graficznych tj. jaśminowy, malachitowy, miętowy, zieleń butelkowa, zieleń (Zamawiający przedstawił tabelę obrazującą nazwy i próbki kolorów zielonych, przypisując do tych kolorów rośliny wskazane w wykazie Perfect Image, powołując się na źródło Zamawiający wskazał także, iż nieco inne zestawienie nazw 16 barw zielonych jest zaprezentowane na stronie

Zamawiający ponadto dokonał oceny spójności i różnorodności kolorystycznej projektu graficznego aranżacji ściany ww. firmy na podstawie materiałów zastosowanych na renderach i rysunkach (wizualizacje 3D, rzuty i widoki), przy czym ze względu na brak wymogu dołączenia wykazu materiałów (z wyjątkiem wykazu roślin) Zamawiający dokonał samodzielnie identyfikacji materiałów zastosowanych w ofercie Perfect Image. Poza 4 typami roślin (o 5 kolorach zieleni) Zamawiający zidentyfikował m.in. konstrukcję z drewnianej ramy w formie stelażu (kratownicy). Zgodnie z oceną projektu wykonany z drewna stelaż stanowi uzupełnienie zielonej kompozycji, przy czym jest to zarówno element techniczny związany z konstrukcją ściany i mocowaniem roślin w wertykalnym ogrodzie, jak również element designu. Stelaż ma kolor ciemny/czarny z prześwitami naturalnego koloru drewna, co może świadczyć o zaimpregnowaniu drewna. Stelaże na których montowane są rośliny powinny być zabezpieczone przez wpływem wody i wilgoci dlatego też przyjęto założenie że takie działanie zostało wykonane. W ocenie Zamawiającego rama zaproponowana w formie stelażu przez Perfect Image jest wykonana z drewna a nie ze stali, metalu ponieważ ma dużą grubość ok. 8-10cm. Dla porównania, w ofercie Odwołującego zielona ściana jest również zamontowana na stelażu, jednak jego konstrukcja zdaniem Zamawiającego jest stalowa lub metalowa, o czym może świadczyć stosunkowo niewielka grubość prętów. Zamawiający zaznaczył, że stelaż jako element kompozycji pojawia się w obu ocenianych ofertach i w każdej z nich ma odmienny charakter. W projekcie firmy Perfect Image drewniany stelaż jest elementem „drugiego planu” a rośliny są materiałem dominującym i pierwszoplanowym. Natomiast w przypadku oferty Odwołującego metalowy stelaż jest elementem pierwszego planu a rośliny stanowią „odsunięte, drugoplanowe tło”. Obie kompozycje w ocenie Zamawiającego są poprawne dlatego też zostały ocenione poprzez przyznanie maksymalnej liczby punktów (40). Zamawiający dodał, że dokonał oceny spójności i różnorodności kolorystycznej projektu graficznego aranżacji ściany również z uwzględnieniem zastosowanego oświetlenia. Zamawiający podkreślił, że nie ustanowił obowiązku dostarczenia wykazu wszystkich zastosowanych w aranżacji materiałów, w tym materiałów naturalnych; faktem jest natomiast, że Zamawiający ustanowił wymóg zamieszczenia w ofercie „wykazu żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany”, którego to wymogu nie spełniały dwie odrzucone oferty.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego niestuszny jest również zarzut o braku możliwości oceny przez Zamawiającego kryterium „a. ukształtowanie i wzajemne rozmieszczenie poszczególnych elementów (żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp.) tworzących harmonijną, estetyczną całość”. Tak, jak zostało wcześniej wskazane, projekt aranżacji zawierał wszystkie wymagane elementy, co pozwalało na dokonanie oceny w ramach tego kryterium. Mianowicie, zgodnie ze słownikiem PWN Harmonia oznacza uosobienie ład i zgodności. Harmonia to termin projektowy używany do opisanie obiektu, w którym pojedyncze części łączą się, aby stworzyć atrakcyjną całość i kompozycje. Ocena harmonii i estetyki obejmuje m.in. ocenę barwy, spójności zastosowanych barw, zestawienia barw i relacji pomiędzy nimi. W przypadku projektu graficznego firmy Perfect Image została zastosowana w ocenie Zamawiającego kompozycja monochromatyczna. Polega na łączeniu

odcieni jednej barwy, np. jasnozielony+ zielony+ ciemnozielony. Ten rodzaj kompozycji kolorystycznej nazywany jest także jako harmonia monochromatyczna ton-sur-ton, harmonia małych kontrastów lub harmonia zgodności tonów i też taka kompozycja barw została zidentyfikowana przez Zamawiającego. Uzupełniającym elementem kompozycji jest drewniany stelaż, którego kolor stanowi harmonijne tło dla monochromatycznej kompozycji roślinnej. Tak skomponowana aranżacja jako całość została oceniona przez Zamawiającego. W przypadku projektu graficznego Odwołującego w ocenie Zamawiającego została zaproponowana kompozycja komplementarna. Polega na tworzeniu kontrastowych połączeń barw, zestawiając barwy podstawowe i pochodne tj. żółty/żółtawy + zielony + fioletowy. Również w przypadku oferty Odwołującego metalowy stelaż został przez Zamawiającego potraktowany jako uzupełnienie kompozycji i jako element całej aranżacji uwzględniony w trakcie oceny. Kontrast komplementarny nazywany jest inaczej jako kontrast dopełniający, harmonia barw dopełniających i też taka kompozycja barw została zidentyfikowana i oceniona przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Zamawiający nie zgodził ze stanowiskiem Odwołującego o braku w aranżacji naturalnych materiałów - z materiałów takich została wykonana rama/ stelaż aranżacji w ofercie firmy Perfect Image J. G.- K., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Perfect Image J. G.- K. z uwagi na brak materiałów naturalnych, zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Perfect Image J. G.- K. z uwagi na brak wykazu materiałów naturalnych. Zaznaczył, że Zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie zdobytej wiedzy teoretycznej, zebranych materiałów i ogólnodostępnych informacji internetowych, z zachowaniem należytej staranności. W toku oceny uznał, iż posiada niezbędne informacje do dokonania oceny w sposób rzetelny i obiektywny i jest w stanie w ten sposób zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami dokonać wyboru najlepszej oferty. Tym samym

Zamawiający stoi na stanowisku, że wybór oferty Perfect Image został dokonany w konsekwencji poprawie dokonanej oceny oferty, w tym oferty Perfect Image i w efekcie bezzasadne są wszystkie żądania przedstawione przez Odwołującego.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. pismo w sprawie złożył też wykonawca Perfect Image, oświadczając, iż we wstępnym projekcie graficznym oraz wizualizacjach ścian zieleni jest konstrukcja drewniana jako stelaż; na wizualizacji ścian zieleni wśród żywych roślin widnieją również liście wykonane z drewnianej, ekologicznej sklejki w kolorze fioletowym; wszystkie materiały zaproponowane w wizualizacjach, a tym samym będą użyte w scenografii przygotowanej na w/w wydarzenie, są materiałami naturalnymi. W wykazie roślin użytych w ofercie wymienione są wyłącznie żywe rośliny, ponieważ takie były wymagania „Dodatkowo, wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni winien zawierać wykaz żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany” (pkt 6.6 SWZ). Ponadto wskazano, że aranżacje w pełni nawiązują do tematyki ochrony środowiska/klimatu (pkt.

4.3.8.1 OPZ)

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek wskazanych w art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego zgłoszone przez wykonawcę - J. G. - K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Perfect Image J. G. - K. w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu jako Uczestnika.

Izba stwierdziła ponadto, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, w tym graficzne projekty aranżacji zieleni, karty oceny ofert oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest organizacja wydarzenia o charakterze kongresu pn. „CLIMATE-CON 2021 - Śląski Konwent Klimatyczny”, realizowanego w ramach projektu zintegrowanego LIFE „Wdrażanie Programu ochrony powietrza dla województwa małopolskiego - Małopolska w zdrowej atmosferze” (LIFE-IP MALOPOLSKA / LIFE14 IPE PL 021), współfinansowanego ze środków instrumentu finansowego LIFE w ramach środków Unii Europejskiej oraz środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) został zawarty w Załączniku nr 3 do SWZ.

Zamawiający w Rozdziale IV SWZ wskazał, iż jako przedmiotowy środek dowodowy - na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, Wykonawca dostarczy wraz z ofertą:

- 1) wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni o maksymalnym rozmiarze 6 x 2,5 m (dotyczy sali konferencyjnej), składającej się z żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem właściwego oświetlenia. Projekt winien być wykonany techniką komputerową w kolorze oraz zawierać rzuty ściany, prezentujące wygląd z przodu, z boków i z góry, zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 4.3.8 załącznika nr 3 do SWZ (OPZ). Dodatkowo, wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni winien zawierać wykaz żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany;

2) wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni o maksymalnym rozmiarze 1,5 x 2,5 m (dotyczy recepcji), składającej się z żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem właściwego oświetlenia. Projekt winien być wykonany techniką komputerową w kolorze oraz zawierać rzuty ściany, prezentujące wygląd z przodu, z boków i z góry, zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 4.3.8 załącznika nr 3 do SWZ (OPZ). Dodatkowo, wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni winien zawierać wykaz żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany.

Zamawiający wskazał ponadto, iż z uwagi na fakt, iż wyżej opisane przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, ich nie złożenie lub wadliwe złożenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 6.6. SWZ do oferty należało dołączyć wstępny projekt graficzny aranżacji ścian zieleni:

1) o maksymalnym rozmiarze 6 x 2,5 m (dotyczy sali konferencyjnej), składającej się z żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem właściwego oświetlenia. Projekt winien być wykonany techniką komputerową w kolorze oraz zawierać rzuty ściany, prezentujące wygląd z przodu, z boków i z góry, zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 4.3.8 załącznika nr 3 do SWZ (OPZ). Dodatkowo, wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni winien zawierać wykaz żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany;

2) o maksymalnym rozmiarze 1,5 x 2,5 m (dotyczy recepcji), składająca się z żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem właściwego oświetlenia. Projekt winien być wykonany techniką komputerową w kolorze oraz zawierać rzuty ściany, prezentujące wygląd z przodu, z boków i z góry, zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt 4.3.8 załącznika nr 3 do SWZ (OPZ). Dodatkowo, wstępny projekt graficzny aranżacji ściany zieleni winien zawierać wykaz żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany.

W Rozdziale XII SWZ Zamawiający odnosząc się do podstaw wykluczenia wskazał, iż wykluczy z postępowania wykonawcę w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy (obligatoryjne przesłanki wykluczenia), z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał w SWZ podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem XV SWZ przy ocenie ofert Zamawiający kierował się następującymi kryteriami: cena zamówienia brutto - 60 pkt, projekt graficzny aranżacji ścian zieleni - 40 pkt. W pkt 3.2.1. Zamawiający wskazał, iż punkty w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni” zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 pkt , według następującej punktacji:

3.2.1.1 Projekt graficzny aranżacji ściany zieleni o maksymalnym rozmiarze 6 x 2,5 m:

- a) ukształtowanie i wzajemne rozmieszczenie poszczególnych elementów (żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp.) tworzących harmonijną, estetyczną całość; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);
- b) zastosowana spójna i różnorodna kolorystyka żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem estetyki całości projektu; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);
- c) oryginalność, niestandardowy pomysł na zagospodarowanie przestrzeni aranżacji ściany, wywołujący przytulny klimat i pozytywne emocje odbiorców; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);
- d) sposób zainstalowania oświetlenia, podkreślający walory estetyczne roślin użytych do aranżacji ściany; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);

3.2.1.2. Projekt graficzny aranżacji ściany zieleni o maksymalnym rozmiarze 1,5 x 2,5 m:

- a) ukształtowanie i wzajemne rozmieszczenie poszczególnych elementów (żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp.) tworzących harmonijną, estetyczną całość; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);
- b) zastosowana spójna i różnorodna kolorystyka żywych roślin oraz naturalnych materiałów typu juta, drewno itp., z uwzględnieniem estetyki całości projektu; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna);

- c) oryginalność, niestandardowy pomysł na zagospodarowanie przestrzeni aranżacji ściany, wywołujący przytulny klimat i pozytywne emocje odbiorców; 5 pkt - tak (ocena pozytywna) 0 pkt - nie (ocena negatywna);
- d) sposób zainstalowania oświetlenia, podkreślający walory estetyczne roślin użytych do aranżacji ściany; 5 pkt - tak (ocena pozytywna), 0 pkt - nie (ocena negatywna)

W postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący, załączając wymagane projekty graficzne aranżacji ścian zieleni.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego. Zarówno oferta Odwołującego, jak i Przystępującego otrzymały maksymalną liczbę punktów w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni”. W karcie oceny oferty Przystępującego w odniesieniu do obu ścianek wskazano m.in., iż w przedstawionych projektach zastosowano spójną i różnorodną kolorystykę użytych materiałów, z uwzględnieniem estetyki całości projektu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż w odwołaniu wyodrębniono trzy zarzuty, wskazując następujące podstawy prawne naruszeń:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp (poprzez dokonanie oceny oferty

Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert);

2. art. 109 ust. 1 ustawy Pzp (poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Przystępujący przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, które pozwoliły temu wykonawcy uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert);

3. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty złożonej przez Perfect Image jako oferty najkorzystniejszej.

Powołane przepisy w ocenie Izby nie korelowały w pełni z podstawami faktycznymi zarzutów wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 ustawy Pzp

(zarzut nr 2) Izba ustaliła, iż w odwołaniu nie skonkretyzowano, na której podstawie wykluczenia wykonawcy z postępowania wymienionej w tym przepisie przedmiotowy zarzut został oparty. Uznając za decydujące w tym względzie zawarte w petitum odwołania zdanie „podczas gdy Przystępujący przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje” Izba stwierdziła, że prawdopodobnym zamiarem Odwołującego było podniesienie zarzutu

naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i takiej kwalifikacji prawnej tego zarzutu Izba

dokonała. Niezależnie od powyższego, w uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono żadnej argumentacji mającej służyć poparciu tak postawionego zarzutu. Podkreślić należy, że zarzut odwołania powinien wskazywać na dwa elementy, tj. na okoliczności faktyczne, rozumiane jako przytoczenie działań lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z którymi odwołujący się nie zgadza oraz wskazanie podstawy prawnej, tj. przytoczenie przepisów prawa, które naruszają kwestionowane przez odwołującego działania lub zaniechania. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu a ich rola jest kluczowa - zakreślają one bowiem granice rozpoznania odwołania przez Izbę. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. W przypadku podnoszenia zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wykazanie przez Odwołującego wszystkich przesłanek, o których mowa w przepisie stanowiącym podstawę wykluczenia, na którą Odwołujący się powołuje. W przedmiotowym przypadku Odwołujący tego całkowicie zaniechał, co już samo w sobie czyni zarzut bezzasadnym.

O bezzasadności przedmiotowego zarzutu świadczy również fakt, że Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu ani SWZ możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 (pkt 10, ale także na podstawie któregośkolwiek innego punktu tego przepisu). Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z powyższych regulacji wynika jednoznacznie, iż podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny. Oznacza to, że ich zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest obowiązkowe - jest zależne wyłącznie od decyzji zamawiającego, która to decyzja musi w świetle art. 109 ust. 2 ustawy Pzp zostać wyrażona w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Co istotne, jest to warunek sine qua non - zamawiający może zbadać brak podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp jedynie wtedy, gdy wskaże konkretne podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jeżeli zamawiający zaniecha ich wskazania, to odrzucenie oferty wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek nieprzewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, nie będzie możliwe.

W przedmiotowym przypadku treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie podstaw wykluczenia, które Zamawiający przewidział w postępowaniu, nie budziła wątpliwości interpretacyjnych - Zamawiający nie przewidział możliwości wykluczenia wykonawców w oparciu o fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym tą wskazaną w pkt 10 omawianego przepisu. Tym samym zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu. Na powyższe nie ma wpływu fakt, iż Odwołujący podczas rozprawy zauważył, że Zamawiający nie przewidział w niniejszym postępowaniu możliwości wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i wskazał na konieczność zastąpienia tego zarzutu zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący w ramach przedstawionego stanowiska procesowego formalnie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 ustawy Pzp nie wycofał, wobec czego podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

Co do postulowanej przez Odwołującego konieczności zmiany ww. zarzutu na zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wskazać, iż zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jakkolwiek Izba nie jest związana kwalifikacją prawną zarzutów podniesionych w odwołaniu, to jest związana podstawami faktycznymi tych zarzutów, a ich rozszerzenie po upływie terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalne. Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że w treści odwołania nie przedstawiono okoliczności faktycznych mających uzasadniać niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, co winno być wykazane w przypadku podnoszenia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje świadczenie, które nie spełnia wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań. Ugruntowanym w orzecznictwie jest również to, że aby zastosować podstawę odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, ustalonymi jednoznacznie postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie wskazał żadnych postanowień SWZ, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, z którymi oferta Przystępującego byłaby niezgodna.

Jedynym argumentem podniesionym w odwołaniu w ww. zakresie był brak zawarcia materiałów naturalnych w przedstawionych przez Przystępującego jako przedmiotowe środki dowodowe projektach graficznych. Zdaniem Odwołującego brak zastosowania i wykazania

jednego z trzech elementów wystroju ścianek i stoisk (materiałów naturalnych) powoduje, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu. W ocenie Izby Odwoławczy powyższego jednak nie wykazał. Przede wszystkim Odwoławczy nie przedstawił argumentacji, która wskazywałaby, że wymóg, aby projekty graficzne aranżacji ścian zieleni zawierały materiały naturalne stanowił obligatoryjny element świadczenia objętego treścią oferty, w szczególności nie odniósł się w odwołaniu do wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie - tj. nie wskazał, z którym konkretnie wymaganiami dotyczącym przedmiotu zamówienia czy warunków jego realizacji oferta Przystępującego miałyby być niezgodna. Odwoławczy powołał się jedynie na adnotację „Uwaga” zawartą w Rozdziale IV SWZ, zgodnie z którą „z uwagi na fakt, iż wyżej opisane przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, ich nie złożenie lub wadliwe złożenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.” Z powyższego postanowienia SWZ wprost wynika, że przedmiotowe środki dowodowe (tj. projekty graficzne) miały zostać złożone na potrzeby oceny ofert w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni”. Odwoławczy nie powołał się na jakiegokolwiek inne postanowienia SWZ, z których wynikałoby, że projekty graficzne załączane do oferty były składane w innym celu niż na potrzeby oceny oferty w ww. kryterium pozacenowym. W konsekwencji, z faktu ewentualnego przedstawienia przez Przystępującego projektów graficznych, których zakres nie odpowiada w pełni opisowi wskazanemu w Rozdziale IV SWZ, można wywodzić jedynie skutek w postaci braku możliwości przyznania Przystępującemu punktów w ww. kryterium oceny ofert, a nie w postaci konieczności odrzucenia jego oferty. Jedynie niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia lub warunków jego realizacji z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia skutkować może odrzuceniem oferty, jednak Odwoławczy nie wykazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z taką sytuacją. Tym samym nie sposób uznać, aby Odwoławczy dowiódł zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czy też aby miała tu miejsce sytuacja, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwoławczego niezgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny ofert, skutkującej zawyżeniem o 10 liczby punktów przyznanych Perfect Image według kryteriów wskazanych w Rozdziale XV pkt 3.2.1.1 ppkt b i Rozdziale XV pkt

3.2.1.2 ppkt b, podczas gdy Perfect Image winien otrzymać 0 punktów w tym kryterium, a nie 10 punktów (zarzut nr 1) oraz zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego pomimo błędnej oceny tej oferty w ww. kryteriach oceny ofert (zarzut nr 3), Izba na wstępie stwierdziła, że Odwoławczy nieprawidłowo powołał się na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem podstawa faktyczna przedmiotowego zarzutu odnosiła się do nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w pozacenowym kryterium oceny ofert, nie zaś do kwestii spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający określił w Rozdziale XII SWZ.

Przechodząc do meritum, w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie udowodniono naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W myśl zaś art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Rozstrzygając prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni”, należy przede wszystkim podkreślić, że Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny wszystkich ofert na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów, a nie poprzez porównanie ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców i atrakcyjności wizualnej opracowanych przez nich koncepcji. Zamawiający dokonywał oceny projektów w sposób zerojedynkowy, przyznawał punkty wyłącznie na podstawie ustalenia, czy projekt spełnia, czy nie spełnia dane wymaganie, nie wprowadził punktacji stopniowej, pozwalającej różnicować poziom spełnienia danego wymagania przez poszczególnych wykonawców, a jedynie mógł przyznać 0 pkt za niespełnienie wymagań i 5 pkt za ich spełnienie. Mając na uwadze twórczy charakter projektu graficznego aranżacji ścian zieleni podlegającego ocenie w przedmiotowym kryterium, sposób spełnienia wymagań mógł następować w różny sposób, w zależności od koncepcji przyjętej przez danego wykonawcę. Koncepcje te mogły wizualnie różnić się nawet w sposób diametralny, co jednak nie mogło powodować różnic w punktacji, jeśli

dostosowano się do wymagań wskazanych w opisie kryterium. Mając na uwadze powyższe, odnośnienie się przez Odwołującego do tego, jak wyglądał jego projekt w porównaniu do projektu Przystępującego, jest dla dokonanej oceny całkowicie irrelevantne.

Izba zważyła, że Odwołujący swój wniosek o dokonaniu przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Przystępującego w kryterium „Projekt graficzny aranżacji ścian zieleni” opierał na dwóch aspektach - po pierwsze, że projekty przedstawione przez Przystępującego nie zawierały różnorodnej kolorystyki roślin, a po drugie, że nie zawierały one użytych naturalnych materiałów typu drewno, juta, itp.

W zakresie pierwszego z ww. aspektów, tj. braku różnorodnej kolorystyki roślin, Izba uznała twierdzenia Odwołującego za niewykazane. Po pierwsze Izba stwierdziła, że w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek szerszego odniesienia się do tej kwestii, a całość argumentacji tam zawartej ogranicza się do stwierdzenia, iż „projekt Perfect Image nie ma różnorodnej kolorystyki roślin.” Odwołujący nie przedstawił żadnej szerszej argumentacji, w szczególności nie wyjaśnił jak jego zdaniem należy powyższy wymóg rozumieć i dlaczego w jego ocenie projekt Przystępującego nie zawiera różnorodnej kolorystyki roślin. Odwołujący nie przedstawił także argumentów, dlaczego uwzględniając przedmiot aranżacji, którym była ściana zieleni, a zatem aranżacji, w której z założenia dominującym kolorem będzie zieleń, różnorodności kolorystycznej nie można interpretować w sposób przyjęty przez Zamawiającego, tj., że o takiej różnorodności może świadczyć fakt uwzględnienia w projekcie roślin o różnych odcieniach zieleni. Jednocześnie Odwołujący nie kwestionował, że rośliny wskazane przez Przystępującego takie różne odcienie posiadają. Mając na uwadze, że Zamawiający nie doprecyzował w SWZ co należy rozumieć przez „spójną i różnorodną kolorystykę żywych roślin oraz naturalnych materiałów”, zaś Odwołujący nie przedstawił w tym względzie argumentacji pozwalającej na odparcie twierdzeń Zamawiającego przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie co do sposobu rozumienia ww. zwrotu, to nie sposób uznać twierdzeń Odwołującego za udowodnione. Sam fakt, że Odwołujący w swojej koncepcji zastosował rośliny w dwóch kontrastujących kolorach (zielonym i fioletowym) nie powoduje, że był to jedyny możliwy i prawidłowy sposób interpretacji wymagań SWZ. Ponadto Izba miała na uwadze, że w odwołaniu pominięto całkowicie okoliczność, że na części fotografii przedstawionych w projekcie wstępnej koncepcji Przystępującego, będących jej integralnym elementem, widoczne są liście w odcieniu fioletowym. Dopiero podczas rozprawy Odwołujący wskazywał, że te fioletowe liście nie zostały ujęte w wykazie roślin zawartym w koncepcji, niemniej jako, że podstawy faktyczne zarzutu przedstawione w odwołaniu do powyższej kwestii w ogóle się nie odnosiły, argumentację tę należy uznać za spóźnioną.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący nie powinien otrzymać punktów w kryteriach opisanych w Rozdziale XV pkt 3.2.1.1. lit b) oraz 3.2.1.2 lit. b) SWZ z uwagi na brak użycia w projekcie naturalnych materiałów typu drewno, juta, itp. Zdaniem Odwołującego po pierwsze nie widać tego w projektach Przystępującego, a po drugie nie ma tego w opisach. Zauważyć jednak należy (co podniesiono także w odpowiedzi na odwołanie), że Zamawiający nie wymagał przedstawienia przez wykonawców wykazu zastosowanych materiałów naturalnych, a jedynie wykazu żywych roślin planowanych do wykorzystania przy aranżacji ściany zieleni. Trudno zatem wywodzić braku użycia w projekcie Przystępującego materiałów naturalnych z faktu, że w projekcie nie zawarto ich opisów. Okoliczność, że Odwołujący z własnej inicjatywy w złożonej przez siebie koncepcji zawarł szczegółowy opis zaprojektowanej aranżacji, nie powoduje powstania takiego obowiązku po stronie Przystępującego, skoro nie wynikał on z SWZ. Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w projektach Przystępującego nie widać naturalnych materiałów typu drewno, juta, itp. W ocenie Izby w oparciu o fotografie wstępnych aranżacji, stanowiące integralny element projektu Przystępującego, da się stwierdzić, że rośliny są umieszczone na drewnianej konstrukcji, stanowiącej tło, a jednocześnie stelaż dla roślin i razem jako całość tworzą tzw. ścianę zieleni. Konstrukcja drewniana na zamieszczonych w projekcie zdjęciach ścianek zieleni jest widoczna pomiędzy roślinami. Na gruncie argumentacji przedstawionej przez Odwołującego można wywieść wniosek, że w ocenie Odwołującego jedynym prawidłowym (tj. skutkującym przyznaniem punktów) zastosowaniem materiałów naturalnych w aranżacji jest ich umieszczenie na froncie ściany, w miejscu łatwo dostrzegalnym. Zauważyć jednak należy, że Zamawiający nie zawarł w SWZ informacji co do tego, jaką rolę w aranżacji ścianek zieleni mają pełnić materiały naturalne, w szczególności w żaden sposób tej roli nie ograniczył. Przy tak skonstruowanej treści SWZ nie sposób stwierdzić, że nie zawiera materiałów naturalnych aranżacja, w której materiały drewniane stanowią tło (a jednocześnie stelaż konstrukcyjny) dla roślin. W treści odwołania całkowicie pominięto fakt posiadania przez aranżację Przystępującego tego właśnie elementu, podczas gdy jest on w ocenie Izby widoczny na zdjęciach obu ścianek zieleni, zawartych we wstępnym projekcie graficznym załączonym do oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na

podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: