

WYROK

z dnia 23 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S., D. I. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą R. S., D. I. Odeon s.c. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Łowickiej 26A (44-105 Gliwice) oraz Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach przy ul. Lipowej 72 (42-350 Koziegłowy) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie przy ul. Centralnej 53 (31-586 Kraków)

przy udziale wykonawcy Multidekor S.A. siedzibą w Piastowie przy ul. Noakowskiego 4 (05-820 Piastów), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: R. S., D. I. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą R. S., D. I. Odeon s.c. z siedzibą w Gliwicach oraz Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od ww. wykonawców na rzecz zamawiającego Zarządu Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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 ze zm.) 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:

Zarząd Dróg Miasta Krakowa, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świąteczno-noworoczna dekoracja Miasta Krakowa w latach 2021-2023 (nr referencyjny: 19/VI/2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2021 r., pod numerem 2021/S 161-423912.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 23 października 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R. S., D. I. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą R. S., D. I. s.c. z siedzibą w Gliwicach oraz Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec poniższych zaniechań i czynności zamawiającego:

1) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Multidekor Sp. z o.o. pomimo tego,

że jej treść jest niezgodna w warunkami zamówienia - z punktem 1 Zakresu rzeczowego stanowiącego załącznik nr 6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, co stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp;

2) dokonania czynności oceny oferty złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. pod kątem między innymi przewidzianego w warunkach zamówienia kryterium jakości, w sytuacji, w której oferta ta ze względu na występujące w niej braki nie mogła podlegać obiektywnej ocenie w tym zakresie;

3) dokonania czynności wyboru oferty Multidekor Sp. z o.o. w dniu 15 października 2021 r. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której podlegała ona odrzuceniu, co stanowi naruszenie przepisu art. 239 Pzp;

4) dokonywania czynności związanych z przygotowaniem przetargu przez pana M. K. - który jest autorem Konceptu (wizualizacji) oraz Projektu koncepcyjnego iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2023 stanowiących załącznik do załącznika nr 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia pod nazwą „Zakres rzeczowy z załącznikami”, a która to osoba pełniła funkcję Head of Design w Multidekor Sp. z o.o., co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisu art. 17 ust. 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp i

wyrażonych tam zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Multidekor Sp. z o.o. z dnia 15 października 2021 r.;

- dokonania powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu przetargowym;

- odrzucenia oferty złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu niezgodności treści złożonej oferty z warunkami zamówienia, a to z punktem 1 Zakresu rzeczowego stanowiącego załącznik nr 6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Dalej wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powoływanych wyżej przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Na skutek zaskarżonych czynności zamawiającego, odwołujący podniósł, że został pozbawiony potencjalnej możliwości uzyskania i realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli nawet nie w tym postępowaniu przetargowym to w kolejnym postępowaniu na wykonanie tego przedmiotu zamówienia i został narażony na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w postaci utraconych korzyści (zysku) jakie mógłby osiągnąć gdyby między nim a zamawiającym

została zawarta umowa.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z zapisami części I punkt 1 lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia „Informacje podstawowe” zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą: Zakresu rzeczowego wraz z

załącznikami — zał. nr 6 do SWZ oraz Projektowanych postanowień umowy - zał. nr 2 do SWZ. Zgodnie z zapisem części IV punkt 1 lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia wykonawca został zobowiązany do dołączenia do oferty projektu technicznego dekoracji. Zgodnie z zapisem części VIII pkt 3 podpunkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis sposobu przygotowania ofert - „w stosunku do tej części oferty obejmującej projekt techniczny dekoracji, Zamawiający wymagał aby ta część oferty była przygotowana w formie pisemnej (w tym wydruki wizualizacji elementów dekoracji w formacie co najmniej A4) oraz zawierała wszystkie elementy wymienione w pkt 1 Zakresu rzeczowego stanowiącego zał. nr 6 do SWZ, do części pisemnej projektu należy dołączyć jej wersję elektroniczną wraz z animacjami, zapisaną na nośniku elektronicznym”. Na elementy wymienione w punkcie 1 Zakresu rzeczowego stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ składały się:

- szczegółowy opis konstrukcji;
- karty techniczne w formacie dwg. z zaznaczeniem wymiarów elementów oraz skali;
- rodzaj i opis zaproponowanych materiałów, kolorystykę, rodzaj wykończenia;
- rodzaj oświetlenia, kolor oświetlenia, należy uwzględnić kolor przewodów o barwie zbliżonej do koloru oświetlenia, liczbę punktów świetlnych danego elementu (zaproponowana liczba punktów świetlnych musi mieścić się w granicach podanych dla danego elementu opisanego w Projekcie Konceptyjnym iluminacji Świąteczno-noworocznej na lata 2021-2024);
- szczegółowy opis funkcjonalności zabezpieczenia przed wandalizmem;
- zapotrzebowanie mocy na poszczególnych obwodach stanowiących elementy dekoracji (bombka, choinka, latarnia, itd.), napięcie pracy, suma mocy zainstalowanych dekoracji
- opis sposobu redukcji emisji CO2 podczas ekspozycji elementów dekoracyjnych;
- metodę spełniania założenia „Zero Waste” dla realizowanego projektu.

Zamawiający wskazał przy tym, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która:

- spełnia wszystkie wymagania określone w SWZ oraz
- otrzyma największą liczbę punktów w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert.

Z powyższego zdaniem odwołującego wynikało, że projekt techniczny (dane zawarte w projekcie technicznym) został przewidziany w przedmiotowym postępowaniu jako jeden z głównych elementów mechanizmu, służącego zbadaniu zgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia (w tym z wymaganiami wynikającymi ze Specyfikacji Warunków Zamówienia). Dopiero po dopuszczeniu złożonej oferty jako zgodnej z warunkami zamówienia, możliwym było dokonywanie jej oceny pod kątem określonych w specyfikacji kryteriów oceny.

W ocenie odwołującego oferta Multidekor Sp. z o.o. wybrana jako najkorzystniejsza, nie spełnia i nie spełniała warunków określonych przez zamawiającego w części obejmującej projekt techniczny:

1) zamawiający wymagał, aby projekt techniczny obejmował „szczegółowy opis konstrukcji” dekoracji. Zgodnie z § 7 ust. 1. rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego projekt zagospodarowania działki lub terenu, projekt architektoniczno-budowlany oraz projekt techniczny zawiera: 1) stronę tytułową; 2) spis treści; 3) część opisową; 4) część rysunkową. Opis konstrukcji powinien zawierać co najmniej informację o rodzaju zastosowanych profili i ich przekroju, o zastosowanych elementach łączeniowych - rodzaju zastosowanych uchwytów oraz śrub, obliczenia sprawdzające dla danego elementu dekoracji. Projekt techniczny Multidekor Sp. z o.o. nie zawiera spisu treści, nie zawiera również szczegółowego opisu konstrukcji każdego z elementów dekoracji oraz opisu materiałów, poza choinka 9 metrową, która jednak nie jest przedmiotem zamówienia/przetargu. Załącznik pn. „Projekt koncepcyjny iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2023” do załącznika nr 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia w punkcie 3 w opisie przedmiotu zamówienia zakłada posadowienie sztucznych choinek o wysokości łącznej ponad 10 m i średnicy około 4m.

Obliczenia i opis zawarte w projekcie technicznym założonej oferty powinny więc dotyczyć choinek o takich właśnie wymiarach. Tymczasem w ofercie przedstawionej przez Multidekor Sp. z o.o. brak jest takich danych. Wykonawca projektu Multidekor Sp. z o.o. na stronie nr 10 projektu technicznego dekoracji dołączonego do oferty wskazał: „ 1 Przedmiot opracowania. Przedmiotem opracowania jest sprawdzenie stateczności i wytrzymałości konstrukcji stalowej, sztucznej choinki świerk H-9”. Opracowanie nie odnosi się więc do innych, poza choinką, elementów dekoracji. Z opracowania dotyczącego choinki zawartego w tym projekcie można odczytać takie dane jak rodzaj zastosowanych profili (np. pręt nr 6 0 przekroju 60mm x 60 mm i grubości ścianki 2,0 mm), rodzaj łączenia (np. szekla M 14), obliczenia sprawdzające statyczne, tyle tylko że przedmiotem przetargu nie była choinka o wysokości 9 m. Oferta ta zawiera więc braki zarówno w zakresie opracowania, jak i obliczeń sprawdzających dla poszczególnych elementów dekoracji, w tym dla będącej przedmiotem zamówienia choinki ponad 10 metrowej. Na końcu w/w projektu technicznego jest co prawda dołączony zbiór wszystkich elementów dekoracji, jednakże bez żadnego opracowania - bez wskazania danych technicznych.

2) wbrew wyraźnemu wskazaniu aby projekt techniczny zawierał „karty techniczne w formie dwg. z zaznaczeniem wymiarów elementów oraz skali”, projekt techniczny złożony jako element oferty Multidekor Sp. z o.o. nie spełnia postawionego warunku:

a) karty techniczne powinny zostać dołączone w dwóch wersjach - papierowe i w plikach dwg - i powinny zawierać dokładne opisy profili, ich wymiary, grubość ścianki, sposób łączenia poszczególnych elementów konstrukcji dekoracji, szczegółowe wymiary, a nie tylko wymiar całościowy. Karty techniczne złożone przez Multidekor Sp. z o.o. nie są ze sobą zgodne, na żadnej z kart nie ma skali, na żadnej nie zaznaczono wymiarów, z obu kart nie możemy odczytać danych technicznych. W dokumentacji dołączonej do oferty przez Multidekor Sp. z o.o. w części 1B w folderze wizualizacje karty techniczne przedłożono dokumenty nazwane „karty techniczne” i pliki dwg. Coś co zostało określone jako karty techniczne w formie dwg w rzeczywistości nimi nie są. Karty techniczne są zamieszczone jedynie w plikach pdf, a dołączone pliki dwg zawierają jedynie modele elementów dekoracji 3D bez opisów. Na żadnej z kart technicznych nie wskazano skali poszczególnych elementów dekoracji, nie zaznaczono żadnych wymiarów, z tych kart nie jest możliwym odczytanie jakiegokolwiek danych technicznych. Należy więc stwierdzić, że w ofercie złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. brak jest kart technicznych w formie dwg wymaganych przez zamawiającego.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że w ofercie złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. brakuje informacji dotyczących szczegółowego opisu konstrukcji poszczególnych elementów dekoracyjnych zarówno w dokumentacji graficznej, jak i w części opisowej projektu, co oznacza, że projekt techniczny jest niekompletny - nie pozwala na odczytanie i weryfikację wszystkich istotnych informacji. To z kolei powoduje, że nie będzie możliwości zweryfikowania wykonanej konstrukcji dekoracji z przedłożoną w ofercie dokumentacją pod kątem chociażby tego czy zaprojektowano odpowiedni pod względem wytrzymałości profil, czy dobrano w poprawny sposób obejmę oraz śruby o odpowiedniej nośności w sposób nie zagrażający zdrowiu i życiu ludzi znajdujących się pod wiszącą konstrukcją. Tym celom służy właśnie opracowywanie kart technicznych w formie dwg., czyli pliku źródłowego, w którym wykonuje się projekt lub pliku, do którego został eksportowany projekt źródłowy w celu jego dalszego opracowania i wykonania szczegółowych rysunków. Tylko z rysunków zapisanych na takim pliku dwg można odczytać każdy wymiar, sprawdzić każde połączenie oraz zastosowany łącznik i śrubę z możliwością ich dokładnego pomiaru. Pliki dwg, który udostępniła spółka Multidekor Sp. z o.o. nie mają nic wspólnego z dokumentacją techniczną - odnosi się wrażenie, że osoba opracowująca model 3D dekoracji w programie graficznym po prostu po zakończeniu pracy zapisał go jako plik dwg.

Następnie odwołujący podniósł, że w części IX Specyfikacji Warunków Zamówienia - „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” na stronie 20 zamawiający wskazał: „Oferowany projekt ma być najbardziej zbliżony do ostatecznie wyprodukowanych elementów. W zakresie funkcjonalności i zabezpieczenia przed wandalizmem należy uwzględnić następujące przesłanki: sposób działania urządzeń, posiadanie określonych funkcji, Posiadanie niezbędnych cech użytkowych, posiadanie projektów technicznych potwierdzonych przez uprawnionego konstruktora”

Zdaniem odwołującego w ofercie złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. brak jest w rzeczywistości wymaganego projektu technicznego na dekorację będącą przedmiotem zamówienia, brak jest oświadczenia uprawnionej osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Przez brak opisu technicznego, brak jest możliwości dokonania sprawdzenia konstrukcji przez innego uprawnionego projektanta konstrukcji.

Zgodnie z postanowieniami Części IV punkt 19 Specyfikacji Warunków Zamówienia

„Wymagane oświadczenia i dokumenty” zamawiający stosował w przedmiotowym przetargu procedurę odwróconą tj. najpierw dokonywał badania i oceny ofert, a następnie dokonywał kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w ramach badania i oceny ofert powinien sprawdzić, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ przez zamawiającego, czy zostały prawidłowo złożone i podpisane. Zamawiający powinien dokonać oceny ofert pod kątem przesłanek ich odrzucenia, w tym ewentualnej procedury wyjaśnienia oferty czy poprawy omyłek. Dokonywanie przez zamawiającego analizy oświadczenia woli złożonego przez Multidekor Sp. z o.o. w postaci oferty z jej załącznikami w tym z projektem technicznym. Złożony przez Multidekor Sp. z o.o. był więc niekompletny - nie zawierał wszystkich elementów wymaganych przez zamawiającego pkt 1 Zakresu rzeczowego stanowiącego zał. nr 6 do SWZ. Taka zaś oferta winna podlegać odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w tym przepisie przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, odrzucenia oferty. W tym wypadku zamawiający zaniechał dokonania tej czynności - nie odrzucił oferty złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. Treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu (ofertę wykonawcy) należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru - zamiaru złożenia oferty zgodnej z warunkami zamówienia. To jednak w przedmiotowym stanie faktycznym nie jest możliwe ustalenie i zweryfikowanie treści oferty Multidekor Sp. z o.o. w oparciu o dane zawarte w ofercie. Braki, które są w projekcie technicznym złożonym przez Multidekor Sp. z o.o. nie mogą zostać uzupełnione czy też poprawione przez zamawiającego w trybie przepisów art. 223 Pzp, a w szczególności w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Aby można było w tym trybie uzupełnić czy też poprawić omyłkę w ofercie polegającą na jej niezgodności z dokumentami zamówienia zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty. Stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby zamawiający mógł dokonać ich poprawy samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W przedmiotowej sprawie ta sytuacja nie może mieć miejsca, gdyż brakujące dane to dane techniczne, których nie da się wyprowadzić z innych elementów złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. oferty. Ewentualna poprawa czy też uzupełnienie oferty byłoby w tym przypadku niemożliwe i niedopuszczalne, zamawiający musiałby bowiem odgadywać w jaki sposób i z jakich materiałów wykonawca zamierza skonstruować poszczególne elementy dekoracji. Ponadto uzupełnienie w tym zakresie oferty o treści, które pozwalałyby na jej dostosowanie do stanu zgodnego z warunkami zamówienia Multidekor Sp. z o.o. skutkowałoby naruszeniem zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości prowadzonego postępowania.

Powyższe okoliczności uzasadniają tezę o niezgodności z warunkami zamówienia treści oferty złożonej przez Multidekor Sp. z o.o. Niezgodność ta powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i nie podlega ona sanowaniu na podstawie art.

223 Pzp, bo prowadziłyby do niedozwolonej zmiany (uzupełnienia) oferty po terminie składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu niezgodna z warunkami zamówienia oferta Multidekor Sp. z o.o. nie dość, że nie została odrzucona przez zamawiającego na etapie badania ofert, to jeszcze została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Zgodnie z postanowieniami części XI Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, przy ocenie oferty zamawiający brał pod uwagę:

- kryterium ceny;
- kryterium ocena jakości, w tym parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych projektu technicznego dekoracji;
- kryterium łącznej ilości elementów świetlnych.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo w jaki sposób zamawiający dokonał oceny jakości oferowanego przez Multidekor Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia, w tym oceny jego parametrów technicznych, skoro przedstawiona oferta w tym będący jej załącznikiem projekt techniczny, zawierała braki właśnie w zakresie parametrów technicznych, które miały być brane pod uwagę odnosząc się do kryterium jakości złożonej oferty. Rzetelna ocena oferty z uwzględnieniem tego kryterium była wręcz niemożliwa, podobnie jak niemożliwa była rzeczywistą identyfikacją oferowanej przez tego wykonawcę usługi. Tymczasem kwestia ta była przecież bardzo istotna. Braki takie zgodnie z prawem budowlanym mogą doprowadzić w rozumieniu prawa budowlanego do katastrofy budowlanej i narażenia zdrowia i życia ludzkiego. Warunki bezpieczeństwa konstrukcji są spełnione, jeżeli konstrukcja ta odpowiada

Polskim Normom dotyczącym projektowania i obliczania konstrukcji (zgodnie z §204 ust.4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 8 kwietnia 2019 r. ze zm.) Konstrukcji poszczególnych elementów nie da się obliczyć w oparciu o projekt techniczny przedstawiony przez Multidekor Sp. z o.o., a dekoracje te mają przecież być zamontowane między innymi nad ulicami i chodnikami.

W ocenie odwołującego naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Multidekor Sp. z o.o. miało istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego doprowadziło bowiem do wyboru oferty Multidekor Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie przepisu art. 239 Pzp. Zamawiający nie dokonał bowiem należytego badania i oceny oferty złożonej przez Multidekor Sp. z o.o., co w stopniu decydującym wpłynęło na wybór właśnie tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, co tym samym miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania mamy do czynienia bowiem także wtedy, gdy w następstwie uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający będzie zmuszony do unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dopuścił do udziału w czynnościach przygotowawczych do przetargu pana M. K., który jest autorem Konceptu (wizualizacji) a Projektu koncepcyjnego iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2023 oraz wykonywał kosztorys w/w dekoracji stanowiących załącznik do załącznika nr 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia pod nazwą „Zakres rzeczowy z załącznikami”. Osoba ta udzielając w prasie, w mediach wywiadów w związku z dekoracjami świątecznymi w różnych miastach była przedstawiana jako Head of Design z Multidekor, co świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu osób go przeprowadzających, tj. osób, które pozostawały w takim stosunku faktycznym z Multidekor Sp. z o.o., który może budzić zastrzeżenia, co do ich bezstronności, a w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisu art. 17 ust. 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp i wyrażonych tam zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Multidekor S.A. siedzibą w Piastowie.

Zamawiający w dniu 4 listopada 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W przedmiotowym piśmie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19 listopada 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie odwołania z uwagi na to, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony (w tym zakresie zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 4 listopada 2021 r.);
- oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwołującego (w tym kosztów zastępstwa procesowego).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Multidekor S.A. siedzibą w Piastowie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że 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 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w

zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego podniesionych w pismach złożonym w dniu 4 i 19 listopada 2021 r.

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku o odrzucenie wyjaśnił, że na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, reprezentacja wykonawcy w ramach korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej miała charakter materialnoprawny, a zatem podstawą do udzielenia pełnomocnictwa były przepisy Kodeksu cywilnego. Z racji tego pełnomocnikiem mógł być każdy, kto posiadał zdolność do czynności prawnych (choćby ograniczoną - art. 100 K.c.), zarówno osoby fizyczne jak i osoby prawne. Na tle stosowania przepisów poprzedniej ustawy nie budziło to żadnych wątpliwości. Obecnie jednak, wraz z wejściem w życie nowej ustawy, ustawodawca odszedł od tej koncepcji, wprowadzając rozwiązanie tożsame jakie obowiązuje w Kodeksie postępowania cywilnego tj. pełnomocnictwo procesowe. Podstawą udzielenia takiego pełnomocnictwa, w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, jest obecnie przepis art. 510 Pzp, zgodnie z którym: Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.

Obecnie pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym może być jedynie:

- a) adwokat lub radca prawny;
- b) osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania;
- c) osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia (o ile przedmiot sprawy wchodzi w zakres zlecenia);
- d) pracownik wykonawcy.

W ocenie zamawiającego odwołanie wniesione w imieniu pana R. S., pana D. I. oraz Adal sp. z o.o. złożone zostało przez Adal sp. z o.o., która jest pełnomocnikiem konsorcjum w tym składzie na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 września 2021 r. Odwołanie to podpisane zostało przez pana A. G., który jest prezesem zarządu spółki Adal, a zatem posiada umocowanie do jej reprezentowania. Mając jednakże na uwadze powyższe, spółka Adal nie może być pełnomocnikiem pozostałych członków konsorcjum w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Spółka Adal, co oczywiste, nie jest radcą prawnym, ani adwokatem; spółka ta nie jest osobą sprawującą zarząd majątkiem lub interesami panów R. S. i D. I. (wspólników spółki cywilnej Odeon). „Konsorcjum” nie jest jednostką uregulowaną prawnie, jest to zwyczajowa nazwa, którą określa się podmioty wspólnie ubiegające się i następnie realizujące umowę w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie umowy konsorcjum żaden z członków konsorcjum nie sprawuje zarządu majątkiem ani interesami pozostałych uczestników konsorcjum. Członkowie konsorcjum, w ramach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozostają niezależnymi podmiotami, posiadającymi osobne majątki i osobne środki zarządzania nimi. Samo sformułowanie „zarząd” musi odnosić się do kompetencji władczych, umożliwiających zarządcy podejmowanie niekwestionowanych i prawnie skutecznych decyzji w stosunku do podmiotu, który podlega zarządowi, a zatem zarząd taki nie może się opierać na stosunku obligacyjnym. Spółka Adal nie pozostaje też z pozostałymi uczestnikami konsorcjum w stosunku zlecenia. Umowa konsorcjum nie jest umową o charakterze uregulowanym w art. 734 i kolejnych Kodeksu cywilnego. Umowa konsorcjum stanowi zbiór zasad i postanowień regulujących współpracę wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia i ewentualnie przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jest to umowa typu nienazwanego, czego nie można powiedzieć o umowie zlecenia. Jest to także umowa o charakterze nieodpłatnym, a umowa zlecenie ma co do zasady charakter odpłatny. Podstawą do działania pełnomocnika uczestników konsorcjum w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przepis art. 58 ust. 2 Pzp, jednakże przepis ten nie stanowi podstawy do reprezentowania uczestników konsorcjum w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, albowiem art. 510 Pzp nie przewiduje takiej reprezentacji. Nie przewiduje jej także przepis art. 58 ust. 2 Pzp. Zamawiający zauważył, iż pełnomocnikiem w rozumieniu art. 510 ust. 1 Pzp może być „osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia”, a zatem pełnomocnik, zgodnie z tym przepisem musi być podmiotem o charakterze zewnętrznym w stosunku do podmiotu reprezentowanego (sam nie może być stroną ani uczestnikiem postępowania). W tym przypadku stroną postępowania odwoławczego jest konsorcjum, które składa się z trzech podmiotów razem tworzących stronę, a zatem żaden z tych podmiotów nie „stoi” na zewnątrz tego konglomeratu stanowiącego łącznie wykonawcę.

Podsumowując, powyższe argumenty prowadziły zamawiającego do wniosku, że odwołanie złożył podmiot nieuprawniony, bowiem zostało ono złożone wyłącznie przez spółkę Adal sp. z o.o., która samodzielnie nie ma legitymacji do wniesienia odwołania. Pozostali uczestnicy konsorcjum nie podpisali odwołania. Wada ta nie może być konwalidowana, albowiem nie odnosi się do treści pełnomocnictwa lub jego braku, lecz do samej możliwości występowania przez spółkę Adal w roli pełnomocnika pozostałych uczestników konsorcjum. Z uwagi na treść art. 510 Pzp, takiej możliwości nie ma, a zatem odwołanie podlegało odrzuceniu.

Stan faktyczny został przez zamawiającego przedstawiony w sposób prawidłowy. Na podstawie „pełnomocnictwa konsorcyjnego” z dnia 9 września 2021 r. wspólnicy spółki cywilnej tj. R. S. i D. I. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą R. S., D. I. Odeon s.c. z siedzibą w Gliwicach oświadczyli, że wspólnie z Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach, reprezentowaną przez prezesa zarządu - A. G. ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Ponadto z pkt 9 powyżej wskazanego pełnomocnictwa wynikało, że obejmowało ono także uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej i reprezentowania w postępowaniu wywołanym ich wniesieniem. W dniu 23 października 2021 r. odwołujący wniósł odwołanie, które zostało podpisane przez prezesa zarządu Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach, a pełnomocnictwo z dnia 9 września 2021 r. zostało załączone do przedmiotowego odwołania. Ponadto należy wskazać, że w treści odwołania zostali wskazani wszyscy członkowie konsorcjum, a ponadto w odwołaniu została zawarta informacja, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia reprezentowani byli przez lidera konsorcjum tj. Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach w imieniu, którego działał prezes zarządu.

Zamawiający we wniosku o odrzucenie odwołania odwoływał się do przesłanki zawartej w art. 528 pkt 2 Pzp, która stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505 Pzp. W kontekście przedmiotowego przepisu nie mogło budzić żadnych wątpliwości, że przedmiotowe odwołanie wniósł podmiot uprawniony tj. wykonawca składający ofertę w postępowaniu, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego wniosek zamawiającego nie mógł zostać uwzględniony, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy art. 510 Pzp nie miał zastosowania. Odwołanie z dnia 23 października 2021 r. zostało wniesione przez stronę tj. wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu, a nie przez pełnomocnika strony, co do którego ma

zastosowanie przepis art. 510 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, składający się na odwołującego, na podstawie art. 58 ust. 2 Pzp pełnomocnictwem z dnia 9 września 2021 r. ustanowili lidera konsorcjum pełnomocnikiem do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowe pełnomocnictwo określało przy tym uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, co oznaczało, że lider konsorcjum posiadał umocowanie od pozostałych członków konsorcjum do wniesienia odwołania w imieniu wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Pzp nie zakazuje takiej możliwości w związku z powyższym w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania należało oddalić.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że ocena przesłanek odrzucenia odwołania powinna być prowadzona z zastosowaniem wykładni zawężającej, szczególnie mając na uwadze fakt, że spełnienie którejkolwiek z nich skutkuje zakończeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania odwołania. W związku z tym ustalenie dotyczące odrzucenia odwołania powinno być niewątpliwe i niezbicie wynikać ze stanu faktycznego sprawy. Jakkolwiek nieprawidłowość pełnomocnictwa w zakresie umocowania określonej osoby (podmiotu) do wykonywania określonych czynności może stanowić podstawę formalnej oceny odwołania przez Izbę, skutkującej uznaniem, że odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się takiej nieprawidłowości.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 2 listopada 2021 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego, w tym szczególnie część 1B oferty;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 15 października 2021 r.;
- 2) załączone do odwołania publikacje prasowe;
- 3) dokumenty złożone na posiedzeniu przez przystępującego:
 - porozumienie o rozwiązaniu umowy o świadczenie usług zawarte dnia 31 października 2020 r. pomiędzy Multidecor Sp. z o.o. Sp. k. a podmiotem Cooperativa Studio M. K.;
 - pismo z dnia 1 października 2021 r., które zostało złożone przez przystępującego w odpowiedzi na wniosek zamawiającego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z:

- z przesłuchania świadka pana P. K., który brał udział w opracowywaniu projektu technicznego dołączonego do oferty odwołującego;
- z przesłuchania stron: za stronę odwołującą wniósł o przesłuchanie pana A. G. prezesa zarząd lidera konsorcjum;

na okoliczność zasad tworzenia i opisywania projektów technicznych dekoracji, celów jakim służą te projekty i zawarte w nich opisy, występujących braków w ofercie — projekcie technicznym złożonym przez przystępującego, nieprzydatności oferty złożonej przez przystępującego na potrzeby zamawiającego.

Izba na podstawie art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia powyżej wskazanych dowodów. W tym kontekście należało stwierdzić, że na posiedzeniu i rozprawie stawili się jako pełnomocnicy odwołującego pan P. K. oraz pan A. G. Stawił się również pełnomocnik zamawiającego. Podczas rozprawy pełnomocnicy stron mogli przedstawić stanowisko w kontekście podniesionych zarzutów lub argumentacji strony przeciwnej z czego skorzystali. Skład orzekający uznał, że w celu rozpoznania przedmiotowej sprawy nie było konieczne uzyskanie informacji pochodzących dodatkowo z przesłuchania świadka lub stron, gdyż ich przeprowadzenie doprowadziłoby wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów było niedopuszczalne, ponieważ zostały przywołane jedynie dla zwłoki.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z części IV pkt 1 lit. b SWZ wykonawcy byli zobowiązani do dołączenia do oferty projektu technicznego dekoracji (część 1B oferty).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą: Zakresu rzeczowego wraz z załącznikami - załącznik nr 6 do SWZ oraz Projektowanych postanowień umowy - załącznik nr 2 do SWZ. Na załącznik nr 6 składały się:

- zakres rzeczowy prac;
- koncept dekoracji;
- projekt koncepcyjny iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2024.

W pkt 1 zakresu rzeczowego prac zamawiający wskazał:

1. Wykonawca na podstawie Projektu koncepcyjnego iluminacji świątecznonoworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2024 wykona projekt techniczny dekoracji, wizualizację każdego z elementów (ekspozycja dzienna i nocna z uwzględnieniem konstrukcji nośnych) wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych oraz udzieli licencji na okres użytkowania dekoracji (gwarancja, że dekoracja przez okres ekspozycji nie pojawi się w innych miastach na terenie PL). W projekcie są podane wizualizacje figur przestrzennych wraz z przykładowymi lokalizacjami które mogą ulec zmianie.

Projekt techniczny winien zawierać:

- szczegółowy opis konstrukcji,
- karty techniczne w formacie dwg. z zaznaczeniem wymiarów elementów oraz skali
- rodzaj i opis zaproponowanych materiałów, kolorystykę, rodzaj wykończenia,

- rodzaj oświetlenia, kolor oświetlenia, należy uwzględnić kolor przewodów o barwie zbliżonej do koloru oświetlenia, liczbę punktów świetlnych danego elementu (zaproponowana liczba punktów świetlnych musi mieścić się w granicach podanych dla danego elementu opisanego w Projekcie koncepcyjnym iluminacji Świąteczno-noworocznej na lata 2021-2024),

- szczegółowy opis funkcjonalności zabezpieczenia przed wandalizmem
- zapotrzebowanie mocy na poszczególnych obwodach stanowiących elementy dekoracji (bombka, choinka, latarnia, itd.), napięcie pracy, suma mocy zainstalowanych dekoracji
- opis sposobu redukcji emisji CO₂ podczas ekspozycji elementów dekoracyjnych
- metodę spełniania założenia „Zero Waste” dla realizowanego projektu

W pkt 3 akapit 2 projektu koncepcyjnego iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2024 zamawiający wymagał posadowienia sztucznych choinek o wysokości łącznej 10 m średnicy około 4 m w kolejnych lokalizacjach.

Przystępujący wraz z ofertą złożył część 1B, na którą składały się:

- projekt techniczny dekoracji do oceny właściwości estetycznych i funkcjonalnych, iluminacji dla miasta Krakowa w latach 2021-2023 w formacie pdf.;
- projekt techniczny dekoracji rysunki dwg. w formacie pdf.;
- wizualizacje karty techniczne (łącznie 135 plików jpeg.);
- pliki w formacie dwg. dotyczące dekoracji (łącznie 31 plików w tym formacie);
- animacje (łącznie 47 plików w formacie gif lub mp4).

W pliku dotyczącym projektu technicznego dekoracji rysunki dwg. złożonego w formacie pdf., na stronie 26 znajdowały się rysunki przedstawiające rzuty choinki Natura - konstrukcja i płotek. Wysokość całości została oznaczona literą H i wskazywała 1000 cm.

W elementach składających się na załącznik nr 6 do SWZ tj. koncepcie dekoracji oraz projekcie koncepcyjnym iluminacji świąteczno-noworocznej dla Miasta Krakowa w latach 2021-2024, które miały być opracowane odpowiednio 1 marca 2021 r. oraz 31 marca 2021 r. jako autor został wskazany pan M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Cooperativa studio.

W dniu 15 października 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 239 Pzp - 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 17 ust. 3 Pzp - Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie dwóch pierwszych zarzutów podniesionych w petitum odwołania Izba w znacznej mierze przyjęła za własne stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie i uznała, że zamawiający nie wymagał aby projekt techniczny spełniał wymogi projektu budowlanego. Zamawiający słusznie wskazał, że do przedmiotu zamówienia nie

znajdowały zastosowania przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Powołanie się przez odwołującego na przepisy tego rozporządzenia w kontekście oceny projektu technicznego złożonego przez wykonawców było zatem chybione i stanowiło przejaw niedopuszczalnej interpretacji postanowień SWZ. Zamawiający w warunkach zamówienia nie wymagał, aby projekt techniczny spełniał warunki określone przepisami tego rozporządzenia. Ponadto w dokumentach zamówienia określone zostały choinki o wysokości 10 m, jednakże wymiar ten nie został zdefiniowany, a na złożonej przez przystępującego wraz z ofertą karcie technicznej przedstawiona została choinka o wysokości 1000 cm czyli 10 m, a jej wysokość obejmowała oprócz samej choinki także jej podstawę (podest) oraz element dekoracyjny w postaci ozdoby w kształcie gwiazdy usytuowanej na szczycie. Z przedstawionych przez przystępującego badań wynikało, że wymiar choinki odnosił się wyłącznie do jej części konstrukcyjnej, a zatem całkowita jej wysokość ma wynosić 10 m. W odniesieniu do kwestii wyników z badania stateczności i wytrzymałości konstrukcji dla choinki o wysokości 9 m, należało podkreślić, że zamawiający nie wymagał złożenia tego typu wyników z badania i była to inicjatywa przystępującego.

W dalszej kolejności Izba wbrew stanowisku odwołującego, nie znalazła powodów do uznania, że projekt złożony przez przystępującego nie zawierał wszystkich danych, jakie wymagane były warunkami zamówienia. Przystępujący złożył wraz z ofertą:

- karty techniczne w formacie pdf., z których wynikały: założenia konstrukcyjne, skala, stosowane materiały - w odniesieniu do każdego elementu dekoracji;
- opis projektu technicznego dla każdego elementu dekoracji, w którym określona została konstrukcja tych elementów, jej wymiary, opis materiałów, elementów dodatkowych, ilość punktów świetlnych, moc elementu, waga itd.;
- opis dla projektu technicznego dekoracji wraz ze wskazaniem ich funkcji i zabezpieczeń;
- wyniki z badania stateczności i wytrzymałości konstrukcji dla choinki o wysokości 9m;
- animacje w formatach gif.;
- pliki graficzne w formatach jpeg.;
- karty techniczne w formatach dwg.

Jedynym uchybieniem, które było przedmiotem analizy po stronie zamawiającego był brak na kartach technicznych w formacie dwg. określenia wymiarów elementów oraz skali. Jak jednak powyżej wspomniano wszystkie te dane zostały określone na kartach technicznych złożonych w formacie pdf.

W ocenie składu orzekającego, zamawiający słusznie uznał powyższe za uchybienie o charakterze formalnym, które nie powinno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że zamawiający mógł ustalić przedmiotowe dane na podstawie informacji zawartych w ofercie, zatem przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie została spełniona. Odwołujący nie wykazał, aby treść oferty powodowała niemożliwość zidentyfikowania elementów przedmiotowo istotnych dla oświadczenia przystępującego w ramach oferowanego przedmiotu zamówienia, odnoszących się do zobowiązania, które zdecydował się wykonać na rzecz zamawiającego. Dodatkowo Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, który stwierdził, że za prawidłowe, bezpieczne oraz zgodne z odpowiednimi normami wykonanie dekoracji odpowiadać będzie wyłoniony wykonawca, a nie zamawiający. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie był zobowiązany do weryfikacji, czy każda zastosowana w konstrukcji śrubka, obejmą, czy sposób łączenia będzie spełniał odpowiednie normy bezpieczeństwa. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający jest zobowiązany do ich weryfikacji pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia.

Odnosnie braku oświadczenia osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Izba ustaliła, że zamawiający nie wymagał potwierdzenia tego typu uprawnień tym niemniej w ofercie przystępującego potwierdzenie posiadania tego typu uprawnień dla jednej z osób zostało przedłożone.

W związku z powyższym Izba uznała dwa pierwsze zarzuty podniesione w odwołaniu za niepotwierdzone.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także ostatni zarzut wskazany w odwołaniu, dotyczący osoby pana M. K. W pierwszej kolejności skład orzekający zauważył, że przedmiotowy zarzut został przedstawiony i uzasadniony ogólnikowo i lakonicznie. Odwołujący zwrócił jedynie uwagę na to, że ww. osoba przygotowywała dwa dokumenty dla

zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania, a jednocześnie była powiązana zawodowo z przystępującym, co miało stanowić naruszenie art. 17 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Przepis art. 17 ust. 3 Pzp wymaga, aby osoby zaangażowane w proces udzielania zamówienia publicznego po stronie zamawiającego zapewniały bezstronność i obiektywizm zarówno w przygotowaniu, jak i w trakcie prowadzonego postępowania. Zasada wykonywania czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm dotyczy osób, które występują po stronie zamawiającego. Chodzi tu nie tylko o pracowników zamawiającego wyznaczonych do wykonywania czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania, ale także o inne osoby zaangażowane przez zamawiającego do wykonywania takich czynności np. na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy, w szczególności o ekspertów zaproszonych do udziału w pracach komisji przetargowej, i o inne podmioty mające wpływ na przebieg oraz wynik postępowania. W sytuacji wystąpienia konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, jeżeli konfliktu interesu nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób (art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp). Zamawiający w treści SWZ nie przewidział podstawy wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp, a jedynymi fakultatywnymi podstawami wykluczenia wykonawcy wskazanymi w dokumentach zamówienia były te określone w art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp. Odwołujący nie postawił przy tym zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp, który przewiduje obowiązek wykluczenia wykonawcy jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym, mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 555 Pzp, który nakłada na Izbę obowiązek powodujący niemożność orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, skład orzekający nie miał legitymacji do rozpoznania zarzutu w kontekście art.

108 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Tym niemniej decydujące znaczenie dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu miały dowody złożone na rozprawie przez przystępującego tj. porozumienie o rozwiązaniu umowy o świadczenie usług zawarte dnia 31 października 2020 r. pomiędzy Multidecor Sp. z o.o. Sp. k. a podmiotem Cooperativa Studio M. K. oraz pismo z dnia 1 października 2021 r., które zostało złożone przez przystępującego w odpowiedzi na wniosek zamawiającego. Z pierwszego z wymienionych powyżej dokumentów wynikało, że współpraca pomiędzy grupą przystępującego, a panem M. K. została zakończona w 2020 r., tj. już przed wszczęciem postępowania. Drugi dokument potwierdził, że zamawiający badał okoliczności objęte przedmiotowym zarzutem przed wniesieniem odwołania oraz wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 1 października 2021 r. nie zostały zakwestionowane przez odwołującego w związku z tym Izba nie miała żadnych podstaw do uznania, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu nieprzydatne okazały się dowody załączone do odwołania w postaci szeregu artykułów zamieszczonych na stronach internetowych oraz plik mający przedstawiać doświadczenie zawodowe ww. osoby. Izba uznała, że nie było pomiędzy stronami sporu w zakresie przeszłego powiązania zawodowego pomiędzy panem M. K. a grupą kapitałową do której należy odwołujący, a wyłącznie taka okoliczność wynikała z przedmiotowych dowodów. Ponadto dokumenty te pochodziły z lat 2018-2020 co pośrednio potwierdzało stanowisko przystępującego wskazujące na zakończenie współpracy z ww. osobą w 2020 r. Co istotne przedmiotowe dowody w żaden sposób nie potwierdziły zarzutu wskazanego w odwołaniu tym samym nie mogły mieć znaczenia w kontekście rozstrzygnięcia.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów, Izba oddaliła także zarzut dotyczący naruszenia art. 239 Pzp. Przedmiotowy przepis odnosi się do wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zdaniem składu orzekającego odwołujący dążył do stwierdzenia, że skoro oferta przystępującego zawierała braki techniczne, to nie powinna podlegać ocenie. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych zarzutów odnośnie procesu przeprowadzonej oceny pod kątem poszczególnych kryteriów oraz jak wynika z powyższego

Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 2 petitum odwołania, tym samym także przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (na podstawie złożonego na rozprawie rachunku).

Przewodniczący: