Sygn. akt: KIO 2054/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sotavento Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Spektacool Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie,

uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Klavo Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Sidigo Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, Darania Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie,

postanawia:

1.odrzuca odwołanie;

2.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.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…….

Sygn. akt: KIO 2054/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Obsługa wystaw, prowadzenie punktu sprzedaży biletów i punktu informacyjnego oraz księgarni w siedzibie głównej Muzeum Fotografii w Krakowie przy ul. Rakowickiej 22A* Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00300256.

W dniu 12 czerwca 2024 r. Konsorcjum: COT Sp. z o.o., Sotavento Sp. z o.o., Spektacool Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec:

1)niedopełnienia obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp,

2)przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości, co stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp,

3)niedopełnienia obowiązku weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co stanowi naruszenie art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut 1

Odwołujący wskazał, że w rozdz. IV ust. 3 SWZ Zamawiający wymienił obowiązki wykonawcy zawierające się w zakresie podstawowym zamówienia, polegające na produkcji i wprowadzeniu do obrotu gadżetów: do wystawy głównej minimum 5 różnego rodzaju gadżetów, do każdej wystawy czasowej po minimum 2 różnego rodzaju gadżety. Wskazany

obszar zamówienia zawiera się wyłącznie w zakresie kryterium cenowego i nie podlega pozacenowym kryteriom jakościowym, dającym Zamawiającemu większa swobodę w precyzowaniu swoich wymagań.

Odwołujący podniósł, że kryterium cenowe wymaga jednoznacznego i wyczerpującego opisu. Pomimo tego wymogu Zamawiający nieprecyzyjnie określił definicję gadżetów, ograniczając się do kilku przykładów i pozostawiając tym samym otwarty katalog wymaganych gadżetów. Nie określił także żadnych parametrów gadżetów (w tym: materiałów, wymiarów czy projektu) uniemożliwiając tym samym rzetelną wycenę kosztów ich produkcji i kalkulację ceny oferty.

Odwołujący zaznaczył, że na brak możliwości złożenia rzetelnej oferty przez wykonawców wynikającej z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w części dotyczącej produkcji gadżetów, zwracał bezskutecznie uwagę na etapie składania ofert (zał. nr 6 pytanie nr 8 oraz zał. nr. 9). Zamawiający nie skorzystał jednak z możliwości wprowadzenia opisu swoich wymagań obejmujących podstawowy zakres przedmiotu zamówienia w zakresie produkcji gadżetów. Zamawiający rezygnując z tej możliwości postąpił tym samym niezgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Zarzut 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. XXII SWZ jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert była deklaracja produkcji gadżetów ponad ilości wymagane w podstawowym zakresie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że ponieważ Zamawiający zaniechał jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie produkcji gadżetów, pozostawił tym samym wykonawcom całkowitą dowolność w zakresie wyborów rodzajów gadżetów, ich parametrów technicznych, użytkowych i estetycznych. Jednocześnie zastrzegł sobie możliwość subiektywnej oceny gadżetów zgłoszonych do akceptacji Zamawiającego według kryteriów nieznanych Odwołującemu. Zamawiający, który decyduje się oceniać oferty w ramach kryteriów jakościowych, zobowiązany jest opisać je w sposób obiektywny, łatwy do zmierzenia i weryfikowalny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Poddanie przez Zamawiającego nawet jednego z kryteriów oceny ofert swobodnej interpretacji Zamawiającego, bez określenia, w jaki sposób ocena ta będzie dokonywana, jakie cechy oferty stanowią przedmiot zainteresowania zamawiającego w ramach danego kryterium oceny ofert, stanowi bezpośrednie naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut 3

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do podstawowego oraz do dodatkowego zamówienia Zamawiający wymagał m.in. deklaracji produkcji gadżetów.

Odwołujący zaznaczył, że kryteria oceny deklaracji zawartych w ofertach i ich opis powinny umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający nie powinien, o ile to możliwe, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach.

Odwołujący podniósł, że analiza informacji z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu dowodzi, że takie deklaracje zawarte w ofertach wykonawców Zamawiający otrzymał. Dokumenty postępowania, w tym odpowiedzi na zadane pytania z 9 maja 2024 r. (zał. nr 6, pytanie nr 9), nie wskazują możliwości weryfikacji złożonych deklaracji. W konsekwencji Zamawiającemu pozostanie dochodzenie swoich praw do weryfikacji złożonych deklaracji dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Niesie to z sobą wysokie prawdopodobieństwo realizacji zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i nieefektywnym wydatkowaniem publicznych środków. Dlatego Zamawiający powinien wymagać od wykonawców wykazania już na etapie badania ofert, że oferowane parametry zamówienia zostaną dochowane oraz przewidywać odpowiednio wysokie sankcje umowne na wypadek ich niedochowania w trakcie realizacji zamówienia. Takiej możliwości weryfikacji Zamawiający sobie nie zapewnił.

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

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania sprowadzają się do kwestionowania postanowień SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert (brak definicji gadżetów i określenia ich parametrów technicznych,

użytkowych i estetycznych, nieokreślenie sposobu weryfikacji deklaracji wykonawców dotyczących produkcji gadżetów).

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W rozpoznawanej sprawie ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja warunków zamówienia zostały opublikowane 24 kwietnia 2024 r., zatem w tej dacie rozpoczął swój bieg termin na wniesienie odwołania wobec treści tych dokumentów. Termin ten upłynął 29 kwietnia 2024 r.

Tymczasem Odwołujący, próbując wykazać zachowanie terminu na wniesienie odwołania wskazał: *Mając na uwadze, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana dnia 07.06.2024 r., niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy*. Biorąc pod uwagę treść podniesionych zarzutów należy stwierdzić, że odwołanie wniesione w terminie liczonym od daty wyboru oferty najkorzystniejszej jest spóźnione.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania istotna jest bowiem kwestionowana w odwołaniu czynność lub zaniechanie zamawiającego. W sytuacji gdy merytoryczna istota zarzutów dotyczy treści dokumentów zamówienia i zaniechań związanych z ustaleniem tej treści, odwołanie powinno być wniesione w terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, że treść postanowień SWZ oraz jej ewentualne braki, które mogły wpływać na sposób badania i oceny oferty, były Odwołującemu znane od dnia publikacji tego dokumentu, miał on możliwość wniesienia odwołania na właściwym etapie postępowania, co mogło doprowadzić do skutecznego wyeliminowania zarzucanej niezgodności postanowień SWZ z ustawą. Skoro jednak wykonawca tego zaniechał, to nie może obecnie przywracać sobie terminu na wniesienie odwołania poprzez powołanie się na wadę postępowania uzasadniającą jego unieważnienie. Nie jest to bowiem wada, która ujawniła się na dalszym etapie postępowania. Sam Odwołujący wskazał zresztą w treści odwołania, że na etapie pytań do SWZ zwracał uwagę Zamawiającego na braki tego dokumentu.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu, jako wniesione po upływie ustawowego termin.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodnicząca: ……. **.....**