

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie**,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Gmsynergy Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie,
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. 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.
  - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

**Przewodniczący:**.....

Sygn. akt: KIO 736/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Kujawsko-Pomorskie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe przeprowadzenie cyklu dwudniowych warsztatów kopernikańskich dla dzieci i młodzieży, które będą realizowane na terenie województwa kujawsko-pomorskiego”, znak sprawy: ZW-I.272.5.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: pod nr 2024/BZP 00098727/01.

W dniu 4 marca 2024 r. wykonawca Gmsynergy Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie wniósł odwołanie, zarzucając niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

**1) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, **podczas gdy** oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (**KIO**) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
  2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
  3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
  4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
  5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.
- W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Gmsynergy Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 marca 2024 r. (pismo z dnia 15 marca 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

**Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, jest w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, że w dniu 28 lutego 2024 r. Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zawarł również informację o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując, iż:

„Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuca się oferty Wykonawców:

- 1) Gmsynergy Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgów przy ul. Tuszyńska 67, ponieważ nie zawiera specyfikacji zaproponowanych materiałów informacyjno-promocyjnych wraz z ich parametrami. W załączniku nr 5 OPZ do SWZ w dziale IV zostało opisane co powinna zawierać oferta na etapie składania ofert, m.in. w ust. 7 wymagane było przedstawienie materiałów informacyjno-promocyjnych, które powinny zawierać co najmniej opis specyfikacji wraz z jego parametrami oraz zdjęciem poglądowym. W przedstawionej przez Wykonawcę koncepcji wskazano jakie to będą materiały informacyjno-promocyjne oraz przedstawiono zdjęcia poglądowe. W związku z tym, że koncepcja zgodnie z Działem VII SWZ jest przedmiotowym środkiem dowodowym, którego nie można uzupełnić, oferta Wykonawcy została odrzucona, jako niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto Zamawiający poddaje pod wątpliwość możliwość realizacji atrakcji zawartej w ofercie jaką jest wizyta w toruńskim planetarium. Z komunikatu jaki widnieje na stronie planetarium wynika, że jest zamknięte do dnia 1 kwietnia 2024 roku, jednak do Zamawiającego dopływają również sygnały, że ten termin może być przedłużony. Jeżeli umowa z Wykonawcą zostanie zawarta w pierwszym możliwym terminie oraz biorąc pod uwagę sposób realizacji warsztatów jak i 40 dniowy czas na ich realizację opisany w SOPZ istnieje prawdopodobieństwo, iż nie zostaną one zrealizowane w planowanych ramach czasowych”.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba w pierwszej kolejności chciałaby podkreślić, iż dokonuje wyłącznie oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 28 lutego 2024 r. Wskazać należy, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie wykazuje istnienia podstaw tej czynności.

Podkreślenia wymaga, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować bez jakichkolwiek wątpliwości, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Analiza treści informacji o odrzuceniu oferty, w ocenie Izby, nie wskazuje, że doszło do merytorycznej niezgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego.

Izba zważa, że w pkt IV ust. 7 OPZ, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, Zamawiający w ramach koncepcji wymagał: „Przedstawienie materiałów informacyjno-promocyjnych, które powinny zawierać co najmniej opis specyfikacji wraz z jego parametrami oraz zdjęciem poglądowym”.

W ocenie Izby jedynym elementem, który mógłby mieć jakąkolwiek wartość merytoryczną, jest stwierdzenie Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż: „W przedstawionej przez Wykonawcę koncepcji wskazano jakie to będą materiały informacyjno-promocyjne oraz przedstawiono zdjęcia poglądowe”. Pozostałe zaś argumenty zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oparte są na domysłach, przypuszczeniach Zamawiającego, o czym świadczą słowa: „Zamawiający poddaje pod wątpliwość możliwość realizacji atrakcji zawartej w ofercie jaką jest wizyta w toruńskim planetarium” „ (...)do Zamawiającego dopływają również sygnały, że ten termin może być przedłużony”, „istnieje prawdopodobieństwo, iż nie zostaną one zrealizowane w planowanych ramach czasowych” i jako takie zdaniem Izby nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Z samego dowodu wniesionego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wynika jedynie, że: „Przerwa w działalności przewidziana jest do 1 kwietnia 2024 r.”, co też nie może świadczyć, że przerwa w działalności Planetarium im. Władysława Działuńskiego w Toruniu będzie przedłużone, jak to sugeruje Zamawiający powołując się na „sygnały”.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem III SWZ, Zamawiający określił: Termin wykonania zamówienia: 40 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy”, co też odpowiada OPZ w rozdziale II: „Zamówienie zostanie wykonane w ciągu 40 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, przy czym dwudniowe warsztaty muszą zostać przeprowadzone w dniach od poniedziałku do niedzieli. Powyższe terminy zostaną ustalone i zaakceptowane przez Zamawiającego z Wykonawcą na etapie realizacji zamówienia. Jeden uczestnik może uczestniczyć w warsztatach tylko raz”.

W związku z powyższym, stwierdzenie Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż: „Jeżeli umowa z Wykonawcą zostanie zawarta w pierwszym możliwym terminie oraz biorąc pod uwagę sposób realizacji warsztatów jak i 40 dniowy czas na ich realizację opisany w SOPZ istnieje prawdopodobieństwo, iż nie zostaną one zrealizowane w planowanych ramach czasowych”, jest w ocenie Izby nie tylko stwierdzenie opartym na „prawdopodobieństwie”, ale również stwierdzeniem gołosłownym nie popartym żadnym dowodem świadczącym jednoznacznie, że Odwołujący nie będzie w stanie przeprowadzić „dwudniowych warsztatów kopernikańskich dla co najmniej 500 osób”.

Warto również zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający używa takich pojęć jak „pewność”, „niemożliwym”, czyli pojęcia, które w ogóle nie zostały użyte przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. To samo dotyczy stwierdzeń Zamawiającego użytych w odpowiedzi na odwołanie, a nie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przykładowo Izba wskazuje: „Nie zostały przedstawione przykłady i/lub próbki wsadu merytorycznego, co znacząco utrudnia ocenę obiektywną przedmiotu, a tym samym nie uznaje się jego autorskości tylko spersonalizowanie pod Zamawiającego. W tak opisany sposób Zamawiający uznaje to za produkt ogólnodostępny”, „Nie można obiektywnie dokonać oceny czy jest to produkt dedykowany na potrzeby przedmiotowych warsztatów czy przykładowe zdjęcie poglądowe paczki dowolnych kredek”, „Przedstawienie poglądowych zdjęć wymienianych produktów nie daje odpowiedzi Zamawiającemu czy są to zdjęcia już docelowych produktów czy są to zdjęcia poglądowe wskazane jako przykładowe zdjęcia, a niekoniecznie użyte do przedmiotowego zamówienia”.

Poza tym nie jest rolą Odwołującego domyślanie się, w czym upatruje Zamawiający niezgodności oferty Odwołującego z

warunkami zamówienia. W ocenie Izby dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że „odrzuć ofertę firmy Gmsynergy sp. z o.o., ponieważ nie zawiera specyfikacji zaproponowanych materiałów informacyjno-promocyjnych wraz z ich parametrami”.

Tym samym, w ocenie Izby, rację ma Odwołujący, iż „Zamawiający nie potrafił nawet wskazać, które z zaoferowanych przez Odwołującego materiałów edukacyjno-promocyjnych i w jakim zakresie nie spełniają wymogów określonych przez Zamawiającego” i już tylko z tego powodu zdaniem Izby, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważy, że Odwołujący w materiałach edukacyjno-promocyjnych dołączył zdjęcia poglądowe obejmujące takie materiały jak (dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci koncepcji realizacji kompleksowej organizacji przeprowadzenia cyklu dwudniowych warsztatów kopernikańskich dla dzieci i młodzieży):

- logiczna gra edukacyjna, która będzie w kieszonkowym formacie, wykonana z drewna oraz że do gry zostanie dołączona krótka instrukcja z grafiką dopasowaną do realizacji;
- zeszyt kopernikańskich zagadek, który opracowany zostanie na potrzeby zamówienia i składający się z: krótkiej, ilustrowanej czytanki o Mikołaju Koperniku, części z ćwiczeniami uczących przedsiębiorczości, kolorowanymi tematycznymi, krzyżówkami z hasłami dotyczącymi Mikołaja Kopernika, części przeznaczonej na własne notatki i przemyślenia;
- zestaw kredek i ołówek z logotypem Zamawiającego/Wydarzenia będący zestawem kolorowych kredek;
- krówki z logotypem Zamawiającego/logo wydarzenia i zagadkami o Koperniku;
- plecak/worek bawełniany znakowany logotypem Zamawiającego/logotypem wydarzenia.

W ocenie Izby, tak przedstawione materiały edukacyjno-promocyjne przez Odwołującego spełniają wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, tj. opis specyfikacji, parametry i zdjęcia poglądowe.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż stwierdzenie Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż „nie jest w stanie określić co to będą za kredki ( czy np. świecowe, pastelowe czy grafitowe; ile będzie kolorów w opakowaniu; jakiej będą wielkości zarówno kredki jak i całe opakowanie), „nie jest podany skład krówek; smak; ile będzie krówek w pakiecie dla jednego uczestnika; jakiej będą wielkości i gramatury), (jaka gramatura materiału; jak wielkość; kolor itp.”, to należy zaznaczyć, iż w ocenie Izby jest to wyłącznie sposób rozumienia wymagań opisanych w pkt IV ust. 7 OPZ przez Zamawiającego, a który to sposób nie został wprost wskazany w treści OPZ.

Co istotne, w ocenie Izby, czego zdaje się nie zauważać Zamawiający, iż opracowanie koncepcji dwudniowych warsztatów kopernikańskich dla co najmniej 500 osób zostanie doszczegółowiona na etapie realizacji zamówienia i będzie stanowiła bazę wszystkich prowadzonych działań, zgodnie z rozdziałem IV OPZ na co również zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dotyczącego zeszytu kopernikańskich zagadek, że „uznaje to za produkt ogólnodostępny”, ponieważ w ocenie Izby jednoznacznie wynika z materiału przygotowanego przez Odwołującego, iż zeszyt ten został opracowany „na potrzeby zamówienia”, czy też stwierdzenie, że „nie jest w stanie określić co to jest za gra”, podczas gdy z materiałów wynika, iż jest to „logiczna gra edukacyjna”.

Izba zważy, że jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do rozumienia treści przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego, to mógł skorzystać z art. 107 ust. 4 ustawy PZP i wystosować do Odwołującego wezwanie o wyjaśnienie treści przedmiotowych środków dowodowych.

Nadto Izba zważy, że pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jest w ocenie Izby zasadny, co powoduje, że odwołanie podlega uwzględnieniu przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....