

Sygn. akt: KIO 3192/23

WYROK

z dnia 9 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **ADAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koziegłówkach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze** – na rzecz zamawiającego – **Gminy Bytom – Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 3192/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wynajem z montażem i demontażem dekoracji świątecznych na terenie miasta Bytomia w sezonach 2023/2024 z możliwością zastosowania opcji.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 października 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegające na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ADAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koziegłówkach (dalej: przystępujący) z uwagi na jej sprzeczność z warunkami zamówienia, tj.: sprzeczność projektu technicznego złożonego przez przystępującego, w zakresie:

- wymiaru karuzeli (poz. 3),
- opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki),
- opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz
- opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka),
- braku wskazania parametrów dekoracji z poz. 2.5. (rzutniki),
- pokrycia konstrukcji aluminiowej matami UV (poz. 14 – rynek/światliki — elementy do labiryntu);

2) zaniechanie unieważnienia odrzucenia przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty odwołującego w ramach zamówienia, mimo jednoczesnego przystąpienia w dniu 20 października 2023 r. do jej merytorycznej oceny;

3) wyborze przez zamawiającego w dniu 20 października 2023 r. oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, z sumą punktów wynoszącą 83,47 pkt.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wskazania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla przyznanej przystępującemu oraz odwołującemu punktacji, czyli wskazania, dlaczego danej ofercie oraz w danym kryterium zamawiający przyznał określoną liczbę punktów;

2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. polegające na przedwczesnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, mimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na: sprzeczność projektu technicznego złożonego przez przystępującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako SWZ), w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka), braku wskazania parametrów dekoracji z poz. 2.5. (rzutniki), pokrycia konstrukcji aluminiowej matami UV (poz. 14 – rynek/światliki — elementy do labiryntu);

3) art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez nieprawidłową ocenę oferty przystępującego i przyznanie jej maksymalnej punktacji (40 punktów) w kryterium B oceny ofert, a w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż zawierała ona niezgodności, które co najmniej powinny skutkować obniżeniem punktacji w kryterium B, z uwagi na: brak certyfikatów bio elementów dekoracji, lakoniczny opis sposobów zabezpieczenia przed aktami wandalizmu przez odwołanie do normy wytrzymałościowej IK06, brak spełnienia wymogu obniżenia zużycia prądu dekoracji poz. 12 do 50% (Fiat 126p z choinką na dachu);

4) art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jest najkorzystniejszej w sytuacji, gdy spełnia ona wszystkie wymagania określone dla A i B oceny ofert, a nadto jest to oferta z najniższą ceną; 5) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, co przejawia się w nieuzasadnionym faworyzowaniu oferty przystępującego, z uwagi na: skierowanie wezwania do wyjaśnień treści oferty wyłącznie do przystępującego (mimo zamiaru wyartykułowanego przez zamawiającego w dniu 17 października 2023 r.), dopuszczenie do modyfikacji przez przystępującego treści pierwotnie złożonej oferty, przyznanie przystępującemu najwyższej punktacji w kryterium B mimo braków i niezgodności oferty przystępującego, artykułowanie przez zamawiającego zarzutów, które dotyczą obu ofert, wyłącznie wobec odwołującego, zaniżenie punktacji przyznanej odwołującemu, bez podania przyczyny;

6) art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie przez zamawiającego zasady przejrzystości postępowania, z uwagi na niespodziewane dla odwołującego wycofanie się przez zamawiającego z wyrażonego zamiaru wezwania wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień treści ofert, nierealnie krótki czas, w którym Komisja Przetargowa dokonała badania ofert i wyjaśnień (około 1,5 godziny), braku wskazania przyczyny przyznanej wykonawcom punktacji,

7) art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że przystępujący mógł zmienić treść oferty w trybie wyjaśnień, w zakresie rodzaju świetlenia dekoracji (poz. 22 - dwa świerki), co skutkowało zawyżeniem punktacji oferty przystępującego, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, w związku z tym wybraniem oferty w sposób sprzeczny z ustawy P.z.p. (art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p.).

W związku z powyższymi zarzutami, na podstawie przepisu art. 554 ust. 3 pkt 1 lit a oraz lit b ustawy P.z.p., odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności SWZ (wraz z załącznikami), wezwania zamawiającego do przystępującego w sprawie wyjaśnienia treści oferty, odpowiedzi przystępującego, jak również dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

- nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 20 października 2023 r. w postaci wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

b) odrzucenie oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

c) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,

e) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. zwrotu uiszczanego przez odwołującego wpisu w kwocie 7.500 zł, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, jak również ewentualnych kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, w wysokości wskazanej na posiedzeniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XVIII OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW SPOSOBU OCENY OFERT, zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

1. Najkorzystniejszą ofertą będzie oferta, która przedstawi najkorzystniejszy bilans ceny oraz poza cenowego kryterium oceny ofert.

2. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie oraz opis sposobu oceny ofert:

2.1 Kryterium „CENA” w PLN:

a) znaczenie kryterium A — waga 60% (60 pkt);

b) opis sposobu oceny ofert dla kryterium „Cena”:

(...)

2.2 Kryterium B - „Ocena jakości, w tym parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych projektu technicznego dekoracji”:

a) znaczenie kryterium B — waga 40% (40 pkt);

b) opis sposobu oceny ofert dla kryterium „Ocena jakości, w tym parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych projektu technicznego dekoracji”: Sposób oceny:

a) kolorystyka, gra świateł — efekt wizualny - 20% ocena (0-20) pkt

b) funkcjonalność zabezpieczenia przed wandalizmem - 20% ocena (0-20) pkt

3. Sporządzony przez Wykonawcę, na podstawie wytycznych Zamawiającego zawartych w załącznikach do SWZ, projekt techniczny dekoracji załączony do oferty będzie oceniany indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej w zakresie właściwości jakościowych, estetycznych i funkcjonalnych. Każdy z członków Komisji Przetargowej będzie mógł przyznać po 20 punktów z każdego kryterium, natomiast ostateczna liczba punktów będzie stanowiła średnią arytmetyczną sumy wszystkich punktów przyznanych przez Komisję Przetargową. W zakresie kolorystyki, gry świateł i efektu wizualnego oceniane będzie w szczególności: dobór materiałów, proporcjonalność doboru barw oświetlenia, szczegóły wykończenia elementów, kolorystyka elementów (konstrukcji, elementów dodatkowych). 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. Przedmiotowy środek dowodowy tj. projekt techniczny dekoracji świątecznych zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie będzie podlegał uzupełnieniu ani poprawieniu, gdyż przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Ocena punktowa przyznana ofercie będzie sumą punktów przyznanych w ramach kryteriów oceny ofert A + B.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ „Szczegółowy wykaz iluminacji wraz z lokalizacją dla zakresu podstawowego oraz zakresu opcjonalnego:

Poz. 1 Rynek/Choinka 1 szt. (...) „Certyfikat bio elementów do wglądu”

Poz. 3 – Rynek/Karuzela – „Wysokość elementu ma mieć 660 cm i średnica 540 mm”

Poz. 22 – Urząd Miasta/Dekoracja dwóch świerków 2 szt. – „Udekorowanie drzew sznurami – warkoczami świetlnymi LED, dwa duże świerki ok. 25 m. Zastosować światło o barwie białej cieplej z diodą migającą”

Poz. 16 – Rynek/Choinki 9 szt. – elementy do labiryntu:

2 x choinka 240 cm LED

3 x choinki 150 cm – z oświetleniem LED oraz bombkami

3 x choinki z oświetleniem LED

1 x choinka 210 cm ubrana z bombkami

Poz. 28 – Skwer na Stroszku/Choinka – (...) „Choinka nie może być w jednym kolorze, co najmniej dwa kolory żywe” (...)

Poz. 5 Rynek/rzutniki 3 szt.: „Dekoracja w postaci trzech rzutników wyświetlających świąteczne animacje na elewacjach budynków na placu Rynku. Animacje mają służyć do uroczystego odpalenia choinki”

Poz. 14 Rynek/światliki – element do labiryntu 4 szt.: dekoracje 3D figury w postaci świetlików

- świetlik marynarz 150 cm wys. Z konstrukcji aluminiowej i oświetleniem LED

- świetlik latarnik 150 cm wys. Z konstrukcji aluminiowej i oświetleniem LED

- świetlik lektor 150 cm wys. Z konstrukcji aluminiowej i oświetleniem LED

- świetlik Mikołaj 150 cm wys. Z konstrukcji aluminiowej i oświetleniem LED

Poz. 12 Rynek/ Fiat 126 p z choinką na dachu 1 szt.: Dekoracja przestrzenna w postaci „malucha” 126p wykonana z konstrukcji aluminiowej malowanej proszkowo na kolor złoty RALI 950 o wymiarach: szerokość 140 cm, wysokość 135 cm i długości około 330 cm, udekorowana płytami lustrzanymi oraz blachą w kolorze złotym, elementy w postaci kół, kierownicy oraz zderzaka ma mieć siedzenia aby można usiąść. Zastosować pasek strzelający wokół kół aby imitował ruch pojazdu. Oświetlenie wykonane ma być z węża LED o barwie białej ciepłej oraz lampek LED o barwie białej ciepłej statycznej na transparentnym przewodzie. Na dachu fiacika dodatkowo ma być choinka długa na 210 cm w konstrukcji stalowej z igliwem udekorowana kolorowymi bombkami oraz sznurem LED w kolorze białym ciepłym statycznym na ciemnozielonym przewodzie. Zastosować pasek strzelający LED na kołach imitującego ruch pojazdu oraz animowane przednie światła, które naprzemiennie mają migać po wejściu do pojazdu. Całość oświetlenia jak również połączenia lampek wykonane w klasie IP67 oraz na napięcie bezpieczne 36V. Zastosować reduktor mocy aby ograniczyć do 50% zużycie prądu nie tracąc przy tym na efekcie świetlnym.

Przystępujący złożył wraz z ofertą projekt techniczny dekoracji świątecznych, gdzie dokonał opisu oferowanych dekoracji. I tak:

Pkt 2.3 Karuzela Rynek 1 szt.

„Wymiary elementu: średnica 540 cm i wysokość 660 cm”

W projekcie znajduje się rysunek karuzeli z podanymi wymiarami, z którego wynika wysokość karuzeli: 659,7 cm.

Pkt 2.22. Dekoracja dwóch świerków – Urząd Miasta

„Oświetlenie korony w barwie ciepłej z zimnym fleszem a na pniu zastosowane oświetlenie białe ciepłe stateczne”

2.16. Choinki – elementy do labiryntu – Rynek – 9 szt

„Dekoracja przestrzenna w postaci choinek wykonanych z konstrukcji stalowej w wymiarach:

Choinka o wysokości 240 cm – 2 sztuki, udekorowana kolorowymi bombkami choinkowymi oraz oświetleniem LED o barwie białej ciepłej z co 10-tą diodą migającą.

Choinka o wysokości 150 cm – 3 sztuki, udekorowana bombkami oraz oświetleniem LED w postaci sznura o barwie białej ciepłej statycznej.

Choinka o wysokości 150 cm – 3 sztuki, udekorowana lampkami LED o barwie białej ciepłej statycznej.

Choinka o wysokości 210 cm – 1 sztuka, udekorowana kolorowymi bombkami oraz lampkami LED o barwie białej ciepłej na statycznym przewodzie.”

Pkt 2.28. Choinka 5,60 m – Skwer na Stroszku

„Gwiazda na czubku 0,50m wykonana z kształtowników aluminiowych.

Oświetlenie wykonane w technologii LED neon flex biały ciepły.

Sześć gwiazdek na powierzchni wokół choinki. Konstrukcja wykonana z profili aluminiowych. Oświetlenie wykonane w tech. LED neon flex w kolorze białym zimnym.

Element dekoracyjny na powierzchni wokół choinki. Konstrukcja wykonana z profili aluminiowych. Oświetlenie wykonane w technologii LED: lampki zielone z fleszem na zielonotransparentnym przewodzie oraz neon flex w kolorze ciepłym. Zielona mata UV.

Imitacja igliwia z tworzywa sztucznego (certyfikat TUV zgodnie z załącznikiem nr 2)

Oświetlenie samej choinki w technologii LED w kolorze białym ciepłym z fleszem na ciemnozielonym przewodzie.”

2.5. Rzutniki – Rynek – 3 szt.

„Dekoracja w postaci montażu na okres ekspozycji trzech rzutników wyświetlających świąteczne animacje na elewacjach budynków na placu Rynku. Animacje mają służyć do uroczystego odpalenia choinki.”

2.14. Świetliki – elementy do labiryntu – Rynek – 4 szt

„Dekoracja składa się z czterech świetlików wykonanych z konstrukcji aluminiowej malowanej proszkowo na kolor RAL1950 i RAL9005, każdy w innej stylizacji rozmieszczone na stalowych kratkach ocynkowanych.” Dekoracja ma być udekorowana matami UV.

2.12. Fiat 126p z choinką – Rynek – 1 szt

„Pobór mocy elektrycznej nominalny to 465W. Przez zastosowanie ogranicznika poboru prądu ERA pobór mocy wynosi maksymalnie 280W.”

Przystępujący w punkcie 3 projektu technicznego wskazał następujący opis zabezpieczenia przed wandalizmem: *W produkcji naszych dekoracji stosujemy szereg mocowań i łączników odpornych na akty wandalizmu, zdemontowanie lub kradzież takich elementów wymaga zastosowania specjalistycznych narzędzi i urządzeń co skutecznie zniechęca potencjalnych chuliganów. Dodatkowo w dekoracjach stosujemy pudła o klasie uderzeniowej w klasie min IK06 by zabezpieczyć newralgiczne miejsca.*

Dowód: opis techniczny projektu technicznego przystępującego

Pismami z dnia 10 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Dowody: pisma z dnia 10 października 2023 roku

W dniu 16 października 2023 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) odrzuceniu przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty odwołującego z uwagi na:
 - a) brak potwierdzenia projektu technicznego przez uprawnionego konstruktora,
 - b) brak opisu zabezpieczenia wszystkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, w szczególności: sposób działania urządzeń, posiadanie określonych funkcji, posiadanie niezbędnych cech użytkowych, jedynie wskazanie numeru normy wytrzymałościowej IK06(EN 62262:2002),
 - c) brak parametrów, z których wynika procent obniżenia zużycia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 Tabela A Formularza ofertowego, tj. Fiat 126p z choinką na dachu,
 - d) brak certyfikatów ekologicznych do wglądu,
- 2) wyborze przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty wykonawcy Adal sp. z o.o. (dalej: wykonawca lub przystępujący),
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej sprzeczność z warunkami zamówienia, tj.:
 - a) sprzeczność projektu technicznego złożonego przez Wykonawcę, w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz sprzeczność opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka),

b) a w przypadku uznania, aczkolwiek błędnego, że podstawy wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 10 października 2023 r. uprawniały Zawiadamiającego do odrzucenia oferty IPB - zaniechaniu odrzucenia oferty także z uwagi na brak opisu zabezpieczenia wszelkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, niezastosowanie wymaganych parametrów obniżenia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 (Fiat 126p z choinką na dachu), a także brak certyfikatów ekologicznych do wglądu.

Odwołujący zarzucił zamawiającego następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez błędne zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, podczas gdy oferta odwołującego oraz przedmiotowy środek dowodowy, jakim jest projekt techniczny odwołującego, odpowiada warunkom zamówienia, w szczególności potwierdza zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert;

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, mimo iż podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu, jak również bez uprzedniego prawidłowego zbadania i oceny oferty odwołującego, która była korzystniejsza cenowo, niż

oferta Wykonawcy;

3) art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści opisu technicznego, w szczególności w zakresie zabezpieczenia dekoracji przed atakami wandalizmu, zastosowanego reduktora zużycia prądu, a także posiadania do wglądu certyfikatów ekologicznych, a wobec tego dokonanie przez zamawiającego we własnym zakresie ustaleń oraz oceny oferty odwołującego, które okazały się błędne i niewłaściwe, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości,

4) art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutu rażącego zaniżenia ceny, w sposób umożliwiający odwołującemu merytoryczne zajęcie w tej sprawie stanowiska;

5) art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzedstawienie przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego wyczerpującego, rzetelnego oraz przejrzystego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego,

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. przez brak zastosowania, polegający na braku odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na:

a) sprzeczność projektu technicznego złożonego przez Wykonawcę, w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz sprzeczność opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka),

b) a w przypadku uznania, aczkolwiek błędnego, że podstawy wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 10 października 2023 r. uprawniały zawiadamiającego do odrzucenia oferty odwołującego – zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy także z uwagi na brak opisu zabezpieczenia wszelkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, niezastosowanie wymaganych parametrów obniżenia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 (Fiat 126p z choinką na dachu), a także brak certyfikatów ekologicznych do wglądu, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W związku z powyższymi zarzutami, na podstawie przepisu art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b PZP, odwołujący wniosł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wraz z załącznikami, oferty odwołującego wraz z załącznikami, jak również dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

3) nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 10 października 2023 r. w postaci odrzucenia oferty odwołującego,

b) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 10 października 2023 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej,

c) odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,

e) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

f) alternatywnie: w przypadku oddalenia odwołania w zakresie żądania z lit. a, b, d powyżej, a uwzględnienia odwołania w zakresie lit. c, o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. zwrotu uiszczanego przez odwołującego wpisu w kwocie 7.500 zł, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, jak również ewentualnych kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, w wysokości wskazanej na posiedzeniu.

Dowód: odwołanie z dnia 16 października 2023 roku

Pismem z dnia 18 października 2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający — Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu informuje, iż unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty: Wykonawcy ADAL Sp. z o.o. (...) dokonaną w dniu 10 października 2023 r i przystępuję do powtórzenia czynności oceny i badania ofert.

UZASADNIENIE

W dniu 10 października 2023 r. Zamawiający w postępowaniu nr DNP.260.31.2023.TP2.U dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta Wykonawcy: ADAL Sp. z o.o. (...)

Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dostrzegł konieczność ponownej weryfikacji oferty złożonej w ramach postępowania przez Wykonawców, w szczególności pod kątem wyjaśnień treści złożonych ofert.

Zamawiający zamierza wezwać Wykonawców do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonać ponownego badania złożonych ofert. Następnie Zamawiający ponownie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym wszyscy Wykonawcy zostaną poinformowani.

Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych w ww. ustawie.

Dowód: pismo 18 października 2023 roku

Pismem z dnia 18 października 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, co następuje:

Działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów, niniejszym pismem zwraca się do Wykonawcy jw. o wyjaśnienie treści złożonej.

W związku ze złożonymi przedmiotowymi środkami dowodowymi Zamawiający wzywa do wyjaśnienia treści oferty poprzez:

1) wyjaśnienie treści oferty w poz. 3 Tabela A Formularza ofertowego - Karuzela- w zakresie wysokości karuzeli, w projekcie technicznym wskazano wysokość 6,60 cm, jak wymagał Zamawiający, natomiast w załączonym rysunku technicznym wskazano wymiar 6597 mm

2) wyjaśnienie treści oferty w poz. 22 Tabela A Formularza ofertowego - dwa świerki- w zakresie opisu oświetlenia, w projekcie technicznym wskazano „oświetlenie korony w barwie ciepłej z zimnym flesztem a na pniu białe ciepłe stateczne”, natomiast Zamawiający wymagał „światło o barwie białej ciepłej z diodą migającą”,

3) wyjaśnienie treści oferty w poz. 28 Tabela A Formularza ofertowego - Choinka Skwer na Stroszku w zakresie sprzeczności opisu, w projekcie technicznym wskazano „wskazano gwiazdę na czubku w kolorze białym ciepłym oraz element dekoracyjny wokół choinki lampki zielone z flesztem na zielonotransparentnym przewodzie oraz neon flex w kolorze ciepłym”, natomiast Zamawiający wymagał „Choinka nie może być w jednym kolorze, co najmniej dwa kolory żywe.

4) wskazanie certyfikatu bio określającego normy ekologiczne elementów. Wykonawca przekazał oświadczenie NaturePlast z dnia 15 września 2021 r. potwierdzające tylko zgodność produktów.

Dowód: pismo z 18 października 2023 roku

Pismem z dnia 20 października 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Działając w imieniu Adal Sp. z o.o. z siedzibą w Koziegłówkach, w związku z pismem z dnia 18.10.2023 r. i wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonej oferty wskazuję:

1) „poz. 3 Tabela A Formularza ofertowego – Karuzela – w zakresie wysokości karuzeli, w projekcie technicznym wskazano wysokość 6,60 cm, jak wymagał Zamawiający, natomiast w załączonym rysunku technicznym wskazano wymiar 6597 mm”

Wymiar 6597 mm został odczytany z rysunku technicznego i dotyczy on samej konstrukcji karuzeli bez dekoracji. Natomiast w ogólnym opisie technicznym dekoracji karuzeli podano wymiar całkowity 6600mm gotowym elementem dekoracji jest bowiem udekorowana karuzela (sama konstrukcja karuzeli to tylko część składowa całej dekoracji), a nie jej składowe części.

2) „poz. 22 Tabela A Formularza ofertowego dwa świerki – w zakresie opisu oświetlenia, w projekcie technicznym wskazano „oświetlenie korony w barwie ciepłej z zimnym flesztem a na pniu białe ciepłe stateczne”, natomiast Zamawiający wymagał „światło o barwie białej ciepłej z diodą migającą”

Oświetlenie świerków zostanie wykonane ze światła białego ciepłego z diodą migającą, a dodatkowo ze względów wizualnych (biorąc pod uwagę długoletnie doświadczenie) zaproponował również dekorację pnia drzewa ze światła białego ciepłego statecznego. Ta propozycja nie zwiększa w żaden sposób wartości oferty.

3), poz. 28 Tabela A Formularza ofertowego Chojnika Skwer na Stroszku w zakresie sprzeczności opisu, w projekcie technicznym wskazano „wskazano gwiazdę na czubku w kolorze białym ciepłym oraz element dekoracyjny wokół choinki lampki zielone z faszem na zielonotransparentnym przewodzie oraz neon flex w kolorze ciepłym”, natomiast Zamawiający wymagał „Chojnika nie może być w jednym kolorze, co najmniej dwa kolory żywe.”

Wykonawca w projekcie technicznym zastosował dwa kolory żywe tj. kolor biały ciepły oraz kolor zielony. Należy mieć na uwadze, że kolor biały ciepły oraz kolor biały zimny, ze względu na dużą rozbieżność barwy światła oraz natężenia oświetlenia to w rzeczywistości różne kolory.

4), „wskazanie certyfikatu bio określającego normy ekologiczne elementów. Wykonawca przekazał oświadczenie NaturePlast z dnia 15 września 2021r. potwierdzające tylko zgodność produktów.”

Wymóg postawiony przez Zamawiającego został spełniony. Dołączone do oferty oświadczenie NaturePlast z dnia 15 września 2021r. zawiera dane dotyczące nie tylko zgodności produktów, ale także informacje określające normy ekologiczne elementów (norma numer NF - EN 16785-1). Oświadczenie ma charakter certyfikatu bio zawiera wszystkie informacje dotyczące biodegradowalności. Na marginesie, w załączeniu przedkładamy oświadczenie Wykonawcy i kartę techniczną materiału, która także potwierdza zgodność z wymogami normy ekologicznej.

Dowód: pismo przystępującego z 20 października 2023 roku

Pismem z dnia 20 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez przystępującego. Jednocześnie zamawiający podał wyniki oceny złożonych ofert:

1) oferta przystępującego: kryterium A: 43,47 pkt, kryterium B: 40,00 pkt, suma: 83,47 pkt

2) oferta odwołującego: kryterium A: 60 pkt, kryterium B: 17,67 pkt, suma: 77,67 pkt

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 20 października 2023 roku

Postanowieniem z dnia 7 listopada 2023 roku sygn. akt: KIO 3065/23 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem z dnia 16 października 2023 roku.

Dowód: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba co do zasady uznała za słuszny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wskazania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla przyznanej przystępującemu oraz odwołującemu punktacji, niemniej jednak zarzut ten oddaliła, a to z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego wynika, że zamawiający winien jest wskazać wykonawcy, w jaki sposób ocenił jego ofertę, w tym – ile punktów przyznał w danym kryterium i dlaczego. Dyspozycja wskazanego przepisu obejmuje również konieczność

uzasadnienia nieprzyznania punktów w danym kryterium. Czynność oceny ofert pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert jest bowiem czynnością podlegającą kontroli w ramach środków ochrony prawnej, w związku z czym wykonawca musi wiedzieć, czym kierował się zamawiający przy ocenie jego oferty. Na podstawie tej wiedzy wykonawca podejmuje bowiem decyzję w kwestii ewentualnego wniesienia odwołania. Brak tych informacji pozbawia wykonawcę możliwości właściwego sformułowania zarzutów.

W rozpoznawanej sytuacji Izba ustaliła, że zamawiający nie wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty sposobu oceny ofert obydwu wykonawców biorących udział w postępowaniu, ograniczając się do wskazania liczby przyznanych w punktów w ramach każdego kryterium, czym niewątpliwie naruszył przepis zawarty w art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. Niemniej jednak Izba stwierdziła, że naruszenie to nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

W myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 7 pkt 18 ustawy P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawarze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie taka okoliczność nie występuje. Zamawiający co prawda nie uczynił zadość obowiązkowi wskazanemu w art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p., niemniej jednak – z uwagi na treść rozdz. XVIII SWZ – sposób oceny ofert w kryterium B był praktycznie nieweryfikowalny i polegał wyłącznie na subiektywnej ocenie poszczególnych członków komisji przetargowej. Zamawiający w treści SWZ nie wskazał praktycznie żadnych przesłanek, na mocy których członkowie komisji przetargowej mieli przyznawać punkty złożonym projektom. Zamawiający określił jedynie, co będzie oceniane w ramach kryterium B (dobór materiałów, proporcjonalność doboru barw oświetlenia, szczegóły wykończenia elementów, kolorystyka elementów, sposób działania urządzeń, posiadanie określonych funkcji, posiadanie niezbędnych cech użytkowych, posiadanie projektów technicznych potwierdzonych przez uprawnionego konstruktora), niemniej jednak nie podał żadnych szczegółów, które będą determinować przyznanie określonej liczby punktów. Wskazane przez zamawiającego cechy i funkcjonalności podlegające ocenie cechują się tak dalece posuniętą ogólnością, iż nie sposób zidentyfikować, co zamawiający uzna za cechę spełniającą dany wymóg w sposób wystarczający, mniejszy bądź większy od oczekiwanego i jaką liczbę punktów takiej właściwości przyzna. Tym samym, nawet gdyby zamawiający, stosownie do dyspozycji art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p., podał odwołującemu szczegółowe uzasadnienie przyznania takiej, a nie innej, liczbie przyznanych mu punktów w ramach kryterium B, odwołującemu nie przysługiwałoby z tego powodu żadne roszczenie i nie mógłby podnosić skutecznie środków ochrony prawnej wobec dokonanej oceny, o ile sposób przyznania punktów odpowiadałby tym postanowieniom SWZ, które zostały przez zamawiającego doprecyzowane, np. ogólna liczba punktów przyznanych w ramach kryterium B i jego podkryteriach (nie więcej niż 20 punktów na dane podkryterium) czy sposób wyliczenia ostatecznej liczby punktów w ramach kryterium B (średnia punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej).

Izba wskazuje, że w sytuacji, w której postanowienia SWZ dotyczące oceny ofert w ramach danego kryterium, nie są precyzyjne i stwarzają możliwość takiej oceny ofert, która nie jest weryfikowalna, wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania na treść SWZ. Odwołanie to, zgodnie z art. 515 ust. 2 ustawy P.z.p., w terminie 10 lub 5 dni (w zależności od wartości zamówienia) od dnia zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie nie wykazano, by takie odwołanie zostało wniesione, zaś podnoszenie w tym zakresie zarzutów już po terminie składania ofert należy uznać za spóźnione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1

pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. polegającego na przedwczesnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, mimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na: sprzeczność projektu technicznego złożonego przez przystępującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako SWZ), w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka), braku wskazania parametrów dekoracji z poz. 2.5. (rzutniki), pokrycia konstrukcji aluminiowej matami UV (poz. 14 – rynek/światliki — elementy do labiryntu).

Odwolujący podniósł, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu w zakresie załącznika nr 1 do SWZ, poz. 3 – Rynek/Karuzela – „Wysokość elementu ma mieć 660 cm i średnica 540 mm”. Odwołujący wskazał, że z rysunku dekoracji na stronie 7 projektu technicznego przedłożonego przez przystępującego wynika, że jej wysokość wynosi jedynie 659,7 cm.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że przystępujący w projekcie technicznym wskazał wymiary elementu: średnica 540 cm i wysokość 660 cm. Jednocześnie w projekcie technicznym zamieścił rysunek z wymiarami karuzeli, w tym z wysokością określoną jako: 6597 mm.

Z wyjaśnień przystępującego z dnia 20 października wynika, że *„Wymiar 6597 mm został odczytany z rysunku technicznego i dotyczy on samej konstrukcji karuzeli bez dekoracji. Natomiast w ogólnym opisie technicznym dekoracji karuzeli podano wymiar całkowity 6600mm gotowym elementem dekoracji jest bowiem udekorowana karuzela (sama konstrukcja karuzeli to tylko część składowa całej dekoracji), a nie jej składowe części.”*

Izba stwierdziła, że zarówno z treści złożonego projektu technicznego przystępującego, jak i złożonych wyjaśnień wynika, że zaoferowana dekoracja spełnia wymogi SWZ. Przystępujący w projekcie technicznym wskazał bowiem, że wysokość karuzeli wynosi 660 cm, czyli tyle, ile wymagał zamawiającego w treści załącznika nr 1 do SWZ. Wymiar 659,7 cm wynika z rysunku technicznego i dotyczy konstrukcji karuzeli bez dekoracji. Odnosząc się do stanowiska odwołującego wyrażonego w piśmie procesowym z dnia 7 listopada 2023 roku, iż wyjaśnieniu przystępującego temu przeczy wskazany przez niego rysunek konstrukcyjny na s. 7 projektu technicznego, na którym jest ewidentnie rozrysowana cała konstrukcja karuzeli, a więc również z dekoracją, tj. zamocowaną na czubku karuzeli kulą, Izba wskazuje, że rysunek techniczny nie miał charakteru bezwzględnie obowiązującego. Jak wynika z treści rozdz. XVII ust. 3 SWZ *„Zaofertowany projekt ma być najbardziej zbliżony do ostatecznie wyprodukowanych elementów”*. Określenie „jak najbardziej zbliżony” nie oznacza „taki sam”. Do pomyślenia jest zatem sytuacja, w której wykonawca zamontuje na szczycie urzędnika dekorację o kształcie i rozmiarze, która razem z całością karuzeli będzie miała wymaganą wysokość, tym bardziej, że różnica wymaganego wymiaru do tego, który wynika z rysunku, to jedynie 3 mm.

Odwolujący podniósł, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu w zakresie załącznika nr 1 do SWZ, poz. 22 „dwa świerki”. Odwołujący stwierdził, że w SWZ wskazano, że należy zastosować światło o barwie białej ciepłej z diodą migającą, natomiast z projektu technicznego przedłożonego przez przystępującego wynika, że zostanie zastosowane „oświetlenie białe ciepłe stateczne”.

Z wyjaśnień przystępującego wynika, że *„Oświetlenie świerków zostanie wykonane ze światła białego ciepłego z diodą migającą, a dodatkowo ze względów wizualnych (biorąc pod uwagę długoletnie doświadczenie) zaproponował również dekorację pnia drzewa ze światła białego ciepłego statecznego. Ta propozycja nie zwiększa w żaden sposób wartości oferty.”*

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że „oświetlenie białe stateczne” zostanie zamontowane na pniach drzew, natomiast korony zostaną oświetlone barwą ciepłą z zimnym fleszem. Odwołujący nie wspomniał w treści odwołania o tej części opisu dekoracji w ofercie przystępującego, z której wynika, iż zastosuje on również barwę ciepłą z zimnym fleszem. Izba podkreśla, że okolicznością notoryjną, nie wymagającą dowodu jest fakt, iż funkcja „flesz” oznacza w języku potocznym migotanie światła urzędnika, w którym funkcja ta jest zastosowana. W tym zakresie zatem oferta przystępującego jest zgodna z SWZ. Natomiast okoliczność, że przystępujący zaoferował dodatkowo oświetlenie pnia światłem białym statecznym nie świadczy o tym, iż jego oferta nie odpowiada wymogom wskazanym w SWZ.

Odwolujący podniósł, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu w zakresie załącznika nr 1 do SWZ, poz. 16 „choinki do labiryntu”. Odwołujący stwierdził, że w SWZ wskazano, że z 9 choinek jedynie 4 choinki mają być udekorowane bombkami, tymczasem przystępujący zaoferował udekorowanie bombkami wszystkich choinek, co też miało wpływ na podwyższenie ceny tych elementów dekoracji, a w konsekwencji – zawyżenie ceny zamówienia.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Analogicznie, jak w przypadku zarzutu dotyczącego dodatkowego oświetlenia pnia świerków, Izba stwierdziła, że oferta przystępującego dotycząca ozdobienia choinek do labiryntu spełnia

minimalne wymagania wskazane przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SWZ, tj. ozdobienia dwóch choinek o wysokości 240 cm oświetleniem LED. Okoliczność, że przystępujący dodał ozdoby w postaci bombek nie świadczy o niezgodności jego oferty z wymogami SWZ.

Odwołujący podniósł, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu w zakresie załącznika nr 1 do SWZ, poz. 28 (choinka Skwer na Stroszku). Odwołujący stwierdził, że wymogiem wynikającym z SWZ było zastosowanie oświetlenia z co najmniej dwoma kolorami żywymi. Tymczasem z projektu technicznego wykonawcy wynika, że zastosowano tylko jeden kolor żywy, tj. kolor biały żywy oraz kolory zimne.

Z wyjaśnień przystępującego z dnia 20 października 2023 roku wynika, że *Wykonawca w projekcie technicznym zastosował dwa kolory żywe tj. kolor biały ciepły oraz kolor zielony. Należy mieć na uwadze, że kolor biały ciepły oraz kolor biały zimny, ze względu na dużą rozbieżność barwy światła oraz natężenia oświetlenia to w rzeczywistości różne kolory.*

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zdaje się utożsamiać określenie „kolor żywy” z kolorem ciepłym, co nie znajduje podstaw w treści SWZ. Zamawiający w treści SWZ nie zdefiniował określenia „kolory żywe”. Zatem każdy zastosowany przez wykonawcę kolor musiałby zostać przez zamawiającego uwzględniony jako kolor żywy. Bezsporne było, iż przystępujący zastosował dwa kolory, tj. kolor biały ciepły oraz kolor zielony. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta przystępującego jest niezgodna z SWZ.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w projekcie technicznym nie wskazał parametrów dekoracji z poz. 2.5. (rzutniki).

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Zamawiający w wymaganiach dotyczących rzutników, zawartych w załączniku nr 1 do SWZ poz. 5, nie określił parametrów rzutników i nie wymagał ich wskazania w projekcie technicznym.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, by wszystkie dekoracje opisane w poz. 14 (światliki – elementy do labiryntu) były wykonane z konstrukcji aluminiowej, a niespełnienie przez przystępującego tego warunku powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. Odwołujący uznał za niezgodny z warunkami postępowania opis wskazanej dekoracji w projekcie technicznym przystępującego poprzez wskazanie, iż poszczególne dekoracje będą pokryte matami UV.

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Oferta przystępującego spełnia wymóg w zakresie konstrukcji aluminiowej. Pokrycie tej konstrukcji matami nie stanowi o niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia. Izba w tym zakresie podtrzymuje stanowisko wyrażone w związku z rozpoznaniem zarzutów dotyczących dodatkowych elementów dekoracji „choinki do labiryntu” oraz „oświetlenie świerków”.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający bezzasadnie pozwolił przystępującemu wyjaśnić treść oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., mimo że projekt techniczny jako przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wyjaśnienie treści wskazanych dokumentów nie jest tym samym, co ich uzupełnienie bądź poprawienie, stąd też zamawiający był uprawniony do zastosowania wskazanego przepisu wobec projektu technicznego złożonego przez przystępującego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez nieprawidłową ocenę oferty przystępującego i przyznanie jej maksymalnej punktacji (40 punktów) w kryterium B oceny ofert, a w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż zawierała ona niezgodności, które co najmniej powinny skutkować obniżeniem punktacji w kryterium B, z uwagi na: brak certyfikatów bio elementów dekoracji, lakoniczny opis sposobów zabezpieczenia przed aktami wandalizmu przez odwołanie do normy wytrzymałościowej IK06, brak spełnienia wymogu obniżenia zużycia prądu dekoracji poz. 12 do 50% (Fiat 126p z choinką na dachu).

Izba wskazuje, że – zgodnie z zapisami SWZ, w tym rozdz. XVII ust. 3, załącznika nr 1 do SWZ poz. 1 i 12 – zarówno certyfikat bio, jak i wymóg obniżenia zużycia prądu dekoracji w poz. 12 do 50%, nie stanowiły elementu ocenego, ale były warunkami koniecznymi do spełnienia. Ewentualne braki w tym zakresie winny być podnoszone w ramach zarzutu niezgodności oferty przystępującego z określonymi w SWZ warunkami zamówienia. Odwołujący takiego zarzutu nie podniósł. Z kolei, jeśli chodzi o ocenę opisu sposobów zabezpieczenia, Izba w tym zakresie podtrzymuje argumentację wskazaną w ramach uzasadnienia rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p., z której wynika, iż w sytuacji, gdy zamawiający nie określił, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach danej cechy i funkcjonalności, odwołujący nie może skutecznie podnosić zarzutów w zakresie niewłaściwej liczby przyznanego punktów.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia odrzucenia przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty odwołującego w ramach zamówienia, mimo jednoczesnego przystąpienia w dniu 20 października 2023 r. do jej merytorycznej oceny.

Izba wskazuje, że postanowieniem z dnia 7 listopada 2023 roku wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 3065/23 umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem wniesionym przez tego samego odwołującego w dniu 16 października 2023 roku. Jednym z zarzutów odwołania był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez błędne zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, podczas gdy oferta odwołującego oraz przedmiotowy środek dowodowy, jakim jest projekt techniczny odwołującego, odpowiada warunkom zamówienia, w szczególności potwierdza zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

We wskazanym postanowieniu Izba odniosła się do faktu, iż zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 10 października 2023 roku, a mimo to przystąpił do jej ponownej oceny i tej oceny dokonał. Izba stwierdziła, że nie mogą istnieć w danym postępowaniu w tym samym czasie dwie sprzeczne ze sobą czynności, tj. czynność odrzucenia oferty odwołującego i czynność polegająca na dokonaniu jej oceny. Stan taki prowadziłby do chaosu prawnego z uwagi na niejasny status kolejnych czynności dokonywanych przez zamawiającego po dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego. Stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie doprowadził zatem w ocenie Izby do sytuacji, w której odrzucenie oferty odwołującego zostało unieważnione drogą faktycznie dokonanych czynności kolejnych. W szczególności dokonanie oceny oferty odwołującego w istocie należy uznać za derogującą czynność jej odrzucenia. Tym samym czynność późniejsza zastępuje w tym wypadku czynność wcześniejszą. Dlatego Izba uznała czynność odrzucenia oferty odwołującego za pozbawioną mocy prawnej i doszła do przekonania, że również w przypadku tej czynności zachodzi konieczność umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p.

Z uwagi na fakt, że zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia odrzucenia przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty odwołującego w ramach zamówienia, mimo jednoczesnego przystąpienia w dniu 20 października 2023 r. do jej merytorycznej oceny został rozstrzygnięty postanowieniem z dnia 7 listopada 2023 roku, jego podniesienie i podtrzymywanie w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za niezasadne, a sam zarzut – za podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, co przejawia się w nieuzasadnionym faworyzowaniu oferty przystępującego, z uwagi na: skierowanie wezwania do wyjaśnień treści oferty wyłącznie do przystępującego (mimo zamiaru wyartykułowanego przez zamawiającego w dniu 17 października 2023 r.), dopuszczenie do modyfikacji przez przystępującego treści pierwotnie złożonej oferty, przyznanie przystępującemu najwyższej punktacji w kryterium B mimo braków i niezgodności oferty przystępującego, artykułowanie przez zamawiającego zarzutów, które dotyczą obu ofert, wyłącznie wobec odwołującego, zaniżenie punktacji przyznanej odwołującemu, bez podania przyczyny.

Izba wskazuje, że sam zamiar wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku takiego wezwania. Obowiązek taki powstaje dopiero w sytuacji, gdy ziszcza się przesłanki do wezwania. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 P.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Decyzja w tym zakresie należy zatem do zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania nie wskazał na zaistnienie takich przesłanek ograniczając się do stwierdzenia, że zamawiający zadeklarował takie wezwanie w dniu 17 października 2023 roku. W ocenie Izby tego rodzaju argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie i podniesiony w tym zakresie zarzut podlega oddaleniu.

Pozostałe okoliczności faktyczne przytoczone dla uzasadnienia wskazanego zarzutu zostały już rozstrzygnięte w ramach innych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie przez zamawiającego zasady przejrzystości postępowania, z uwagi na niespodziewane dla odwołującego wycofanie się przez zamawiającego z wyrażonego zamiaru wezwania wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień treści ofert, nierealnie krótki czas, w którym Komisja Przetargowa dokonała badania ofert i wyjaśnień (około 1,5 godziny), braku wskazania przyczyny przyznanej wykonawcom punktacji.

Izba wskazuje, że żaden z przepisów ustawy P.z.p. nie określa czasu, w jakim zamawiający obowiązany jest

dokonać oceny ofert. Sam fakt dokonania takiej oceny w określonym czasie nie może stanowić podstawy skutecznego zarzutu. Podstawą zarzutu może być natomiast ocena niezgodna z zasadami oceny ofert w ramach wskazanych w SWZ kryteriów oceny ofert.

Pozostałe okoliczności faktyczne przytoczone dla uzasadnienia wskazanego zarzutu zostały już rozstrzygnięte w ramach innych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że przystępujący mógł zmienić treść oferty w trybie wyjaśnień, w zakresie rodzaju świetlenia dekoracji (poz. 22 - dwa świerki), co skutkowało zawyżeniem punktacji oferty przystępującego, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, w związku z tym wybraniem oferty w sposób sprzeczny z ustawą P.z.p. (art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p.).

Izba wskazuje, że okoliczności faktyczne przytoczone dla uzasadnienia zarzutu zostały już rozstrzygnięte w ramach innych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Oddalenie powyższych zarzutów skutkuje oddaleniem zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jest najkorzystniejszej w sytuacji, gdy spełnia ona wszystkie wymagania określone dla A i B oceny ofert, a nadto jest to oferta z najniższą ceną.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....