

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Daniel Konicz

Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **16 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **5 sierpnia 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**MARGO**” **M. D.-N., Grotniki**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej* (numer postępowania 17/OŚRODKI/US/19)

prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej* (numer postępowania 17/OŚRODKI/US/19).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 maja 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_091 pod poz. 220505.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 lipca 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w zadaniu nr 7 – odrzuceniu jedynej oferty złożonej przez „MARGO” M. D.-N. z Grotnik i unieważnieniu postępowania.

5 sierpnia 2019 r. Odwołujący „MARGO” M. D.-N. z Grotnik {dalej również: „Margo”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, mimo że oferta ta spełnia wszystkie wymagania SIWZ.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez unieważnienie postępowania, mimo złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.
3. Art. 7 ust. 1 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, polegające na nierzetelnej wizytacji obiektu Odwołującego, w tym niewłaściwe sporządzenie protokołu, którego każda strona nie została podpisana przez Odwołującego oraz członków komisji przetargowej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu powtórzenia badania oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W piśmie z 25 lipca 2019 r. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp pięcioma okolicznościami:

- 1) Brakiem wyposażenia pokoi mieszkalnych w łóżka w liczbie odpowiadającej liczbie zakwaterowanych osób (120). Zgodnie z pkt 6.6.27. załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał wyposażenia pokoi mieszkalnych m.in. w łóżka, których liczba będzie odpowiadać liczbie zakwaterowanych osób (jako jedno łóżko traktowane będą: jednoosobowe łóżko z materacem na stelażu drewnianym lub metalowym, tapczan, wersalka, kanapa lub sofa rozkładana).
- 2) Brakiem wygradzenia wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, zagrażających bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób, zgodnie z wymogiem z pkt 6.6.2. załącznika nr 1 do SIWZ.
Komisja Przetargowa stwierdziła, że dawny budynek biurowy, oddany wcześniej do użytkowania dla pracowników Zamawiającego, do którego jest swobodny dostęp, jest niebezpieczny szczególnie dla dzieci, ponieważ nikt w nim nie przebywa, a balustrada wejścia do tego budynku jest wyjątkowo niebezpieczna, ponieważ jej wymiary zagrażają bezpieczeństwu, co spowodować np. upadek z wysokości 185 cm.
- 3) Niespełnieniem wymogu określonego w pkt 6.6.3. załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia placu zabaw dla dzieci wygradzonego ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m.
W protokole zawarto informację, że słupki mają wysokość 90, 91, 90, 96, 98 i 100 cm.
- 4) Niespełnieniem wymogu określonego w pkt 6.6.17. załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia zamkniętego pomieszczenia przeznaczonego na salę lekcyjną, wyposażonego co najmniej w m.in. ławki szkolne (wysokość blatu mieszcząca się w przedziale od 64 cm do 71 cm oraz krzesła (wysokość siedziska krzesła mieszcząca się w przedziale od 38 cm do 43 cm), umożliwiające przeprowadzenie zajęć dla co najmniej 10 osób jednocześnie.
- 5) Niespełnieniem wymogu określonego w pkt 6.6.35. załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia apteczki pierwszej pomocy wyposażonej w: wodę utlenioną, opatrunki,

plastry, bandaże, chusty trójkątne, opaski elastyczne, watę, nożyczki, rękawiczki lateksowe, maseczkę do sztucznego oddychania, folię NCR, instrukcję udzielania pierwszej pomocy.

Komisja przetargowa stwierdziła w apteczce brak wody utlenionej i waty.

{ad 1)}

Według Odwołującego z pkt 6.6.27. załącznika nr 1 do SIWZ nie wynika, że wymagane jest, aby w pokojach były rozłożone łóżka lub kanapy dla zadeklarowanej liczby osób, a jedynie, że muszą one być w ilości odpowiadającej treści oferty.

Odwołujący podał, że w magazynie znajdowało się 16 szt. segmentów łóżek piętrowych (tj. po 10 gotowych elementów), co daje łącznie 32 łóżek (zdjęcia wykonane przez Odwołującego nr 1- 7 dot. łóżek oraz zdjęcia nr od 1-3f dot. materacy w załączniku nr 5 do odwołania).

Odwołujący następująco zrelacjonował przebieg wizytacji:

- rozpoczęła się o godz. 8:30, a obchód ośrodka wraz z wykonaniem dokumentacji fotograficznej trwał z przerwami do około godz. 13:00, a pomiędzy godz. 14:38 a 14:40 wykonano zdjęcia łóżek w magazynie;
- pierwotnie komisja przy rozpoczęciu protokołu dopuszczała możliwość złożenia łóżek z elementów znajdujących się w magazynie, jednak po około 2 godzinach wycofała się z tej propozycji;
- komisja nie chciała także sprawdzić ilości materacy w magazynie.
- sporządzenie protokołu trwało od około godz. 13:00 do godz. 18:10, tj. około 5 godzin;
- Odwołujący zaledwie przez około 10 min. miał możliwość zapoznania się z protokołem;
- komisja opuściła ośrodek o godz. 18:30, co jest udokumentowane w książce wejść i wyjść.

Odwołujący zarzucił, że komisja przetargowa bezpodstawnie nie uznała łóżek, które znajdowały się w magazynie, traktując je jako „deski przypominające łóżka”, choć uznała 4 tapczany również znajdujące się w magazynie. Według Odwołującego spełnia wymóg SIWZ odnośnie wyposażenia pokoi mieszkalnych m.in. w łóżka, których liczba będzie odpowiadać liczbie zakwaterowanych osób.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w czasie wizytacji możliwe było złożenie wszystkich brakujących według protokołu łóżek, gdyż w dwie osoby złożenie łóżka piętrowego trwa około 6 min, co obrazuje zdjęcie łóżka wykonane przez komisję przetargową nr 47 oraz film nagrany przez Odwołującego (zamieszczone w załączniku nr 5 do odwołania).

Odwołujący dodał, że w 2012 r. komisja przetargowa Zamawiającego w toku wizytacji ośrodka poprosiła o złożenie brakujących łóżek wraz z materacami.

Odwołujący podniósł, że liczba łóżek znajdujących się w pokojach dostosowywana jest na bieżąco do potrzeb, a zbędne łóżka są rozkładane i przenoszone do magazynu. W trakcie trwania umowy z Zamawiającym tj. od 2016 r. do dnia dzisiejszego Odwołujący nie posiadał stanów osobowych powyżej 100 osób.

{ad 2}

Odwołujący zauważył, że wspomniany budynek biurowy służył bez żadnych problemów czy uwag przez kilka lat pracownikom Zamawiającego. Według Odwołującego nielogiczne jest, że od 2010 r. nie stanowił on żadnego zagrożenia, natomiast w 2019 r. według komisji przetargowej narusza już bezpieczeństwo osób przebywających w jego pobliżu.

Odwołujący stwierdził, że balustrada nie może stanowić zagrożenia, gdyż sama w sobie stanowi barierę ochronną przed bocznym upadkiem ze schodów (zdjęcia nr 1 i 2 sporządzone przez komisję przetargową oraz zdjęcia wykonane przez Odwołującego nr 1-4 zamieszczone w załączniku nr 5 do odwołania).

Odwołujący powołał się na dołączoną do oferty opinię rzeczoznawcy budowlanego, z której wynika, że przedmiotowy budynek wraz z innymi nie zagraża bezpieczeństwu osób przebywających w nich lub w ich pobliżu i nie stanowi zagrożenia pod względem architektoniczno-konstrukcyjnym, zgodnie z Prawem budowlanym (załącznik nr 3 do odwołania).

Odwołujący dodał, że zgłosił do protokołu zastrzeżenie odnośnie braku kompetencji członków komisji przetargowej do podważania powyższego dokumentu.

Odwołujący zarzucił, że uznanie jego oferty w tym zakresie za niezgodne z treścią SIWZ zostało w całości oparte na subiektywnych odczuciach członków komisji przetargowej, z pominięciem dokumentów (opinii rzeczoznawców ppoż., budowlanych, bhp, i innych załączonych do oferty) oraz faktów z nich wynikających.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyroku z 10 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1545/15 Izba – odnosząc się do zarzutu, że drabina na dach jest realnym zagrożeniem – ustaliła, że drabina prowadzi do wjazdu na dach, który jest zabezpieczony kłódką, a sama drabina nie może być uznana za element niebezpieczny, uwzględniając: (1) opinię o stanie technicznym budynku, wydaną przez rzeczoznawcę ds. konstrukcji budowlanych, w której stwierdzono m.in., że drabina jest prawidłowo zamocowana, a jej stan techniczny jest dobry, oraz (2) opinię rzeczoznawcy ds. bezpieczeństwa i higieny pracy, z której wynika, że drabina odpowiada wymaganiom warunków techniczno-budowlanych.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że wydana przez rzeczoznawcę opinia winna być

zatem bezwzględnie wzięta pod uwagę przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu komisji przetargowej dotyczącego wyszczerbionej płytki, Odwołujący podniósł, że mogła ona zostać uszkodzona tuż przed wizytacją, a sprawdzenie wszystkich elementów, które miały być oceniane zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ jest fizycznie niemożliwe przy funkcjonującym ośrodku. Odwołujący dodał, że wszelkie uszkodzenia usuwa na bieżąco, co uczynił również w tym przypadku, do czego obliguje go obowiązująca dotychczas umowa (zdjęcia wykonane przez Odwołującego nr 1-4 zamieszczone w załączniku nr 5 do odwołania).

sporządzonych przez Odwołującego (oznaczone jako MOJE FOTO GROTNIKI/02/biuro_wejscie) przedstawiające usuniętą usterkę i balustradę

Odwołujący podniósł, że zawarte w pkt 6.6.2. postanowienie (w brzmieniu: *Jeżeli w trakcie realizacji umowy Zamawiający stwierdzi obecność urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, stanowiących w jego ocenie zagrożenie dla bezpieczeństwa osób, zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy właściwego ich zabezpieczenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego pod rygorem zapłaty kary umownej określonej w umowie.*), nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z powodu wykruszonej płytki itp., gdyż jest to jedynie zagrożone naliczeniem kary umownej określonej w przyszłej umowie. Odwołujący wywiódł stąd, że Zamawiający dopuszcza w SIWZ drobne ubytki, zarysowania oraz ślady eksploatacji elementów ośrodka, do których zaliczyć należy się uszkodzoną płytkę.

{ad 3)}

Odwołujący stwierdził, że pkt 6.6.3. załącznika nr 1 do SIWZ nie zawiera zapisu, że żaden element ogrodzenia (m.in. słupek) nie może być przysłonięty np. rosnącą trawą czy też podsypyany piaskiem w niektórych miejscach, co obniża nieco wysokość ogrodzenia.

Odwołujący podał, że w poprzednich postępowaniach ogrodzenie spełniało wymogi Zamawiającego, a jego wysokość nie uległa żadnej zmianie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że komisja przetargowa podała wybiórczo wymiary jedynie 6 słupków (wszystkie zdjęcia wykonane zostały w 1 minutę od 8:39 do 8:40), spośród których 5 – znajdujących się w 2-3 miejscach, gdzie występowały nierówności w postaci rosnącej trawy, leżących liści lub podsypanego piasku, który jest w czasie eksploatacji placu rozrzucony przez dzieci – uznała za byt niskie.

Odwołujący podkreślił, że łącznie w całym ogrodzeniu o obwodzie 69 metrów jest 344 słupków – każdy o wysokości 101 cm.

Odwołujący powołał się na złożone wraz z ofertą orzeczenie techniczne (załącznik nr

4 do odwołania), z którego wynika, że plac zabaw został poddany przeglądowi oraz był kontrolowany przez Europejskie Centrum Bezpieczeństwa Sportu i Rekreacji (jak co roku na przełomie marca i kwietnia) i jest zgodny z normą PN-EN 1176:2009, zapewniającą bezpieczeństwo uczestników placu zabaw.

Odwołujący podniósł, że członkowie komisji przetargowej nie posiadali ani odpowiedniej miarki, ani umiejętności dla dokonania pomiarów, gdyż posługiwali się taśmą mierniczą, która im się skręcała i plątała, i przykładali ją w różnych miejscach do słupków ogrodzenia, a co za tym idzie nie byli w stanie zmierzyć ich pełnej długości. Jest to widoczne na wykonanych przez komisję zdjęciach nr 3-17 (załącznik nr 5 do odwołania).

Odwołujący wywiódł, że w przypadku odpowiedniego dokonania pomiarów wysokości ogrodzenia przy użyciu miarki sztywnej okazuje się, że ma ono wymaganą wysokość, co jest widoczne na zdjęciach nr 1-45 wykonanych przez Odwołującego (zamieszczonych w załączniku nr 5 do odwołania).

Odwołujący zarzucił, że nieuzasadnione jest zakwestionowanie wysokości ogrodzenia na podstawie przeprowadzonego wadliwie pomiaru zaledwie kilku słupków w 2, 3 miejscach i odrzucenie oferty Odwołującego, skoro wszystkie słupki faktycznie mają wysokość 101 cm.

{ad 4}

Odwołujący podał, że w sali szkolnej jest łącznie 26 krzeseł, w tym 10 o wymiarach od 38 do 43 cm, spełniających wymogi oraz łącznie 9 stołów, w tym 5 o wymiarze 71 cm, co spełnia wymagania określone w pkt 6.6.17. załącznika nr 1 do SIWZ, o czym świadczą zdjęcia nr 18-35 sporządzone przez komisję przetargową (zamieszczone w załączniku nr 5 do odwołania).

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że powyższe zdjęcia oddają tylko ogólny widok sali szkolnej, gdzie na stołach poukładane jest 16 szt. krzeseł (w tym 10 odpowiadających wymiarom 38 do 43 cm, z 14 zdjęć 11 nie można przyporządkować do obiektów, które były fotografowane, wykonano tylko 3 zdjęcia stołu (nr 33, 34, 35), z których nie wynika, jakiej jest on wysokości).

Odwołujący ponownie zarzucił, że pomiary zostały wykonane nierzetelnie i niefachowo przez komisję przetargową przy pomocy taśmy mierniczej elastycznej, która na zdjęciach jest ustawiona po różnym kącie, a kciuk osoby mierzącej spoczywa w bliżej nieokreślonym miejscu (zdjęcia nr 22-35). Ponadto ze zdjęć widać, że nie pogrupowano rodzajów krzeseł i stołów, które podlegały mierzeniu. Gdyby pomiarów dokonano w sposób rzetelny np. za pomocą sztywnej miarki, przykładając równolegle liniał do blatu stołu

i prostopadłe miarkę do liniału i podłogi, nie byłoby żadnych wątpliwości, że wskazałyby na spełnianie przez Odwołującego zapisów SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wykonał fotografie krzeseł i stołów, które mają wymiary i są w ilości odpowiadającej wymaganiom SIWZ (zdjęcia nr 1-21 zamieszczone w załączniku nr 5 do odwołania).

{ad 5}

Według Odwołującego apteczka jest kompletna i zgodna z SIWZ. Jednocześnie zaznaczył, że jeżeli było inaczej, jak to zaznaczono w pkt 39. protokołu, nie jest jasne, dlaczego komisja przetargowa nie udokumentowała tego zdjęciem, jak w przypadku innych stwierdzonych przez siebie niezgodności.

Odwołujący dodał, że wykonał dokumentację fotograficzną w niedługim czasie po opuszczeniu ośrodka przez komisję przetargową i stwierdził, że apteczka była użyta, co widać na załączonych zdjęciach (zamieszczonych w załączniku nr 5 do odwołania).

Odwołujący ponownie podniósł, że ośrodek nie jest obecnie zamknięty, lecz funkcjonuje, i nie jest możliwe sprawdzenie przed wizytacją, czy apteczka nie była użyta z uwagi na np. skaleczenie zgodnie z jej przeznaczeniem.

Odwołujący zarzucił, że stwierdzone uchybienie jest mało znaczące i faktycznie nie ma wielkiego wpływu na funkcjonowanie ośrodka, a co za tym idzie jego oferta nie zasługiwała na odrzucenie.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego zmiany poczynione w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego zmierzały do eliminacji z rynku ośrodka Odwołującego. Przykładowo w SIWZ określono, że wszelkie elementy stanowiące niebezpieczeństwo dla osób przebywających na terenie ośrodka będą podlegały ocenie komisji przetargowej, która według swojego uznania stwierdzi, czy dane elementy budynków, pokoi, itp. są bezpieczne czy nie, nie posiadając do tego żadnych uprawnień i kompetencji.

Odwołujący podał, że załącznik nr 8 do SIWZ w § 13 IPU pkt 7, 8, 9 opisuje, jak winno sporządzać się protokół z wizytacji oraz jak ma być zakończony.

Odwołujący podniósł również, że w trakcie wizytacji i robienia zdjęć nie był informowany o stwierdzonych przez komisję nieprawidłowościach.

Odwołujący podkreślił, że gdy czytał protokół w pkt. 21. było zakreślone kółkiem słowo „TAK”, a w uwagach nie było żadnych zapisów odnośnie niespełnienia warunków

określonych pkt 6.6.17. załącznika nr 1 do SIWZ. Na dokładne zapoznanie się z protokołem otrzymał ok. 10 min i oczekiwano od niego od razu podpisania protokołu. Nie uczestniczył przy wykonaniu przez osoby wizytujące kopii protokołu, którą wręczono mu bez parafowania i poświadczenia każdej strony za zgodność z oryginałem oraz poświadczenia podpisem jej odbioru. Dopiero po opuszczeniu ośrodka przez komisję przetargową stwierdził, że we wspomnianym pkt pojawiły się zapisy dotyczące niespełniania wymogu.

Odwołujący zarzucił, że komisja przetargowa nie dokonała wizytacji w sposób opisany w § 13 pkt 7-9 załącznika nr 9 do SIWZ.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie z 16 sierpnia 2018 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że jego zdaniem Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 pzp, gdyż na moment wniesienia odwołania nie był już związany ofertą, co powinno skutkować oddaleniem odwołania. Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę termin otwarcia ofert (5 czerwca 2019 r.) oraz długość terminu związania ofertą (60 dni - pkt 1 rozdziału XI SIWZ) termin związania ofertą upłynął 3 sierpnia 2019 r., natomiast odwołanie zostało wniesione 5 sierpnia 2019 r.

W tej sytuacji według Zamawiającego nawet ewentualne uwzględnienie wniesionego odwołania doprowadziłoby do powtórnej czynności badania i oceny ofert, w której wyniku oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i w rezultacie nie byłoby możliwości zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na poparcie takiego stanowiska w odpowiedzi na odwołanie zamieszczono cytaty z uzasadnień konkretnych orzeczeń wydanych przez Izbę i sądy okręgowe.

Zamawiający podał, że w rozdziale XII SIWZ pn. „Opis sposobu przygotowania ofert” w pkt 14 wymagał załączenia do oferty m.in.: zaświadczenia wystawionego przez odpowiednie służby, potwierdzającego, że oferowany obiekt spełnia wymogi bhp, opinii rzeczoznawcy budowlanego stwierdzającej bezpieczeństwo użytkowania obiektu (dla każdego budynku osobna), opinii właściwej miejscowo komendy Państwowej Straży Pożarnej lub opinii rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, aktualnego dokumentu przeglądu/kontroli/inspekcji placu zabaw. I nie wskazywał na brak tych dokumentów w ofercie odwołującego, nie było to również przedmiotem kwestionowanej

przez Odwołującego wizji lokalnej, która odnosiła się do weryfikacji dodatkowych, opisanych w OPZ wymagań Zamawiającego.

Z tego względu Zamawiający wniósł o oddalenie wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodów z opinii rzeczoznawcy budowlanego i orzeczenia technicznego dotyczącego placu zabaw, jako niezwiązanych z zarzutami odwołania. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że pierwszy dokument należy uznać za opinię prywatną, składającą się *de facto* z jednego zdania, niepotwierdzoną żadnego rodzaju uprawnieniami zawodowymi jej autora, która została oparta wyłącznie o dokumentację, gdyż brak jest informacji o przeprowadzeniu wizji lokalnej. Zdaniem Zamawiającego nawet gdyby uznać ten dokument za rzetelny to jego konkluzją jest szcążkowa ocena obiektu pod kątem architektoniczno-konstrukcyjnym, a nie pod kątem zgodności z SIWZ. Analogicznie odnośnie drugiego dokumentu Zamawiający zauważył, że dotyczy on potwierdzenia zgodności urządzeń na placu z Polskimi Normami, a nie kwestii zgodności z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wymagania co do wyposażenia ośrodka zostały jednoznacznie określone w SIWZ. W szczególności w rozdziale XV SIWZ (Kryteria oraz sposób oceny ofert) w pkt 4. wskazano, że ocena kryterium warunków lokalowych zostanie dokonana przez członków komisji przetargowej, a sam przebieg wizytacji został opisany w załączniku nr 9 do SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że oczekiwał nie tylko spełnienia przez oferowany obiekt ustalonych norm i wymogów prawnych w zakresie bezpieczeństwa, p-poż i atestów (na potwierdzenie czego zażądał odpowiedniej dokumentacji wystawionej przez rzeczoznawców lub uprawnione służby), ale także spełnienia określonych przez siebie szczegółowych wymogów, których katalog wynika z wieloletniego doświadczenia w prowadzeniu ośrodków dla cudzoziemców (w tym własnych). Wymagania te dotyczą szczegółowego wyposażenia obiektu, które co do ilości, wymiarów i jakości może być ocenione bez specjalistycznej wiedzy zawodowej innej niż doświadczenie życiowe i zawodowe.

Stosownie do załącznika nr 9 do SIWZ pn. „Opis przebiegu wizytacji obiektów” Zamawiający zawiadamiał wykonawców o planowanym terminie wizytacji na co najmniej 3 dni przed terminem jej przeprowadzenia (w przypadku Odwołującego 19 czerwca 2019 r. został on zawiadomiony, że wizytacja odbędzie się 25 czerwca br.). Wykonawca miał zatem czas i możliwość, aby zweryfikować, jaki jest stan elementów, które będą sprawdzane przez komisję. Zamawiający dodał, że Odwołujący jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, w szczególności od kilku lat prowadzi ośrodek dla cudzoziemców i jego staranność w tym zakresie należy oceniać surowiej, jako staranność profesjonalisty

w rozumieniu art. 355 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający podkreślił, że wizytacja obiektów miała na celu zweryfikowanie prawdziwości oświadczeń wykonawców zawartych w ofercie, a więc *de facto* zbadanie zgodności w tym zakresie oferty z wymaganiami SIWZ. Przy czym przez treść oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok Izby z 10.11.2011 r. sygn. akt KIO 2345/11). Z kolei: *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pz W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego* (wyrok Izby z 14.08.2014 r. sygn. akt KIO 1543/14).

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

{ad 1)}

Zamawiający zrelacjonował że w pkt 6.6.27. załącznika nr 1 do SIWZ wskazał *wyposażenie podstawowe pokoi mieszkalnych: a. łóżka w liczbie odpowiadającej liczbie zakwaterowanych osób (jako jedno łóżko traktowane będą: jednoosobowe łóżko z materacem na stelażu drewnianym lub metalowym, tapczan, wersalka, kanapa lub sofa rozkładana).*

Według Zamawiającego w ten sposób wyraźnie określił zarówno, że liczba łóżek miała odpowiadać ofercie wykonawcy w jej maksymalnym zadeklarowanym zakresie (zatem sam wykonawca przesądza treścią oferty o tym ile łóżek powinien zapewnić), jak również co uzna za łóżko – w spornym przypadku materac na stelażu drewnianym.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku Odwołującego nie było ani materacy na stelażu, ani nawet nie było samych stelaży w liczbie 9 sztuk.

Zdaniem Zamawiającego bez znaczenia są rozważania odwołania na temat czasu

składania stelaży, czy potencjalnej możliwości złożenia stelaży na potrzeby wykazania, że deski w magazynie stanowią faktycznie stelaże, gdyż Odwołujący nie dokonał tego ani przed wizytacją, ani w jej czasie.

Zamawiający zauważył, że na podstawie zdjęć załączonych do odwołania można porównać, jak wyglądał stan magazynu na dzień wizytacji, a jak Odwołujący uporządkował i uzupełnił go na potrzeby własnych zdjęć.

Według Zamawiającego nie zmienia to faktu, że kluczowy był brak faktycznie zestawionych (złożonych) łóżek oraz całkowity brak materacy, co uniemożliwiało dokonanie oceny przedstawionych drewnianych elementów jako łóżek w rozumieniu zapisów SIWZ. Natomiast stwierdzona liczba łóżek znalazła odzwierciedlenie w protokole z wizytacji.

{ad 2)}

Zamawiający podał, że w pkt 6.6.2. załącznika nr 1 do SIWZ jednoznacznie wymagał trwałego odgródzenia terenu ośrodka oraz trwałego wygródzenia wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, zagrażających bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób. Jednocześnie w pkt 6.3. określił: *Poprzez pojęcie „teren ośrodka” rozumie się cały obszar wraz z infrastrukturą i przyległościami, w stosunku do którego zapisy SIWZ oraz jego załączników formułują obowiązki dla Wykonawcy zamówienia publicznego. Tym samym przez teren ośrodka i obiektów zlokalizowanych na tym terenie należy rozumieć nieruchomości i infrastrukturę, które zostały wskazane w ofercie Wykonawcy złożonej w niniejszym postępowaniu w zakresie funkcjonalnym umożliwiającym realizację wszystkich usług i zadań wykazanych w zapisach SIWZ i jego załącznikach.*

Zdaniem Zamawiającego bezprzedmiotowy jest wywód Odwołującego na temat funkcji budynku biurowego w przeszłości, gdyż na potrzeby aktualnego postępowania jest on wyłączony z użytkowania. W myśl definicji terenu ośrodka zawartej w SIWZ należałoby uznać, że budynek ten, jako niestanowiący przedmiotu oferty, powinien zostać trwale odgródzony od terenu ośrodka, niezależnie od tego, czy stanowi on zagrożenie dla mieszkańców.

Niezależnie od powyższego Zamawiający potrzymał, że niezabezpieczony murek o wysokości 185 cm oraz uszkodzone płytki z ostrymi krawędziami stanowią obiektywnie zagrożenie dla mieszkańców ośrodka, zwłaszcza dzieci i do takiej oceny nie jest konieczna specjalistyczna wiedza z zakresu budownictwa.

Co więcej, Zamawiający zauważył, że sam Odwołujący potwierdza uszkodzenie płytki oraz potwierdza, że utrzymywanie takiego stanu na dzień wizytacji stanowiło naruszenie

przez niego obowiązków wynikających z umowy cywilnoprawnej i z tego tytułu winien być obciążony karą umowną, a więc, że jest to obiektywna nieprawidłowość, jednocześnie negując istotność tej nieprawidłowości dla oceny zgodności jego oferty z SIWZ.

W zakresie wątpliwości co do składu Komisji to należy wskazać, że skład komisji przetargowej został dobrany w sposób mający zapewnić w jak największym stopniu bezstronność i obiektywizm: troje przedstawicieli Departamentu Pomocy Socjalnej UdSC, w tym kierownik administracyjny jednego z własnych ośrodków Urzędu, naczelnik jednego z wydziałów zajmujący się m.in. nadzorem nad funkcjonowaniem ośrodków dla cudzoziemców prowadzonych przez podmioty świadczące usługi w zakresie zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców (w tym ośrodka w Grotnikach), główny specjalista uczestniczący wielokrotnie w pracach komisji przetargowych w poprzednich postępowaniach dot. wyboru ośrodków, zastępca dyrektora Biura Dyrektora Generalnego UdSC nadzorujący pracę Wydziału Zamówień Publicznych, główny specjalista z Wydziału Kontroli Biura Szefa Urzędu UdSC.

{ad pkt 3)}

Zamawiający podał, że w pkt 6.6.3. załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, że wykonawca zobowiązany jest zapewnić: wygrodzony ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m plac zabaw dla dzieci. Jednocześnie w załączniku nr 9 do SIWZ w pkt 8 ppkt 2 wskazał, że zostanie przeprowadzone sprawdzenie, czy plac zabaw dla dzieci jest wygrodzony ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m. Przy czym Zamawiający zastrzegł w pkt 3, że: *Komisja przetargowa – tylko w przypadku uzasadnionej wątpliwości – przy pomocy miarki lub urządzenia typu dalmierz zmierzy: wysokość ogrodzenia placu zabaw; powierzchnie placów przeznaczonych na boisko lub teren rekreacyjny dla młodzieży; wyposażenia, co do którego Zamawiający wskazał minimalne wymiary; powierzchnię pomieszczeń.*

Według Zamawiającego Odwołujący miał zatem pełną świadomość co będzie przedmiotem badania komisji i w jaki sposób zostanie ono przeprowadzone. Odwołujący jako profesjonalista winien zweryfikować, czy oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ.

Zamawiający zauważył, że jeśli Odwołujący miał zastrzeżenia co do sposobu dokonania weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ, mógł zgłosić je na etapie wyjaśniania treści SIWZ lub jako odwołanie, a na obecnym etapie zarzuty takie są spóźnione.

Zdaniem Zamawiającego chybione są również zarzuty co do jakości użytej przez komisję miarki, gdyż jest ona typu powszechnie stosowanego w procesach budowlanych, która podlegała również tzw. prawnej kontroli metrologicznej przeprowadzonej przez Główny

Urząd Miar, gdyż w przeciwnym wypadku producent nie mógłby wprowadzić jej do sprzedaży i powszechnego użytkowania. Dowodem jest świadectwo legalizacji lub cecha legalizacji umieszczona na przyrządzie pomiarowym. Zamawiający dodał, że przyrząd użyty do przeprowadzenia pomiarów w ośrodku w Grotnikach posiada II klasę dokładności, tj. dopuszcza błąd graniczny +/- 0,2 mm.

Według Zamawiającego chybiona jest argumentacja Odwołującego, że zastosował on do wykonania ogrodzenia słupki o długości 101 cm, jak i posługiwanie się takim słupkiem jako przykładem. Zamawiający nie odnosił się bowiem do wymiarów materiałów użytych do ogrodzenia, a wysokości samego ogrodzenia, na co ma wpływ tak sposób montażu, jak i stan otoczenia ogrodzenia. Jeśli na wysokość ogrodzenia wpływał stan podłoża, po stronie Wykonawcy leżało jego uporządkowanie w taki sposób, aby pomiar wysokości po obu stronach wskazał na co najmniej 1 metr w każdym miejscu ogrodzenia. To Wykonawca w treści oferty zapewnił, że ogrodzenie placu zabaw na całej długości ma co najmniej 1 m wysokości, co należy odnosić do poziomu terenu, a nie długości słupka.

Zamawiający stwierdził, że komisja nie musiała badać ogrodzenia na całej długości (co zresztą zastrzeżono w załączniku nr 9) – wystarczyło, że ogrodzenie nie spełnia wymogu wysokości z tego powodu, że są miejsca, w których minimalna wysokość nie została zachowana. Zdjęcia wykonane przez komisję potwierdzają jedynie jej ustalenia odzwierciedlone w protokole.

{ad pkt 4)}

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 6.6.17. załącznika nr 1 do SIWZ wymagał wyposażenia w ławki szkolne (wysokość blatu mieszcząca się w przedziale od 64 cm do 71 cm) oraz krzesła (wysokość siedziska krzesła mieszcząca się w przedziale od 38 cm do 43 cm), umożliwiające przeprowadzenie zajęć dla co najmniej 10 osób jednocześnie.

W ramach wizytacji komisja stwierdziła, że ławek spełniających wymóg wysokości jest jedynie 4 (co umożliwia przeprowadzenie zajęć dla 8 dzieci), a pozostałe ławki nie spełniają wymagań co do wysokości (wymagany blat do 71 cm, faktycznie 76 cm). Komisja stwierdziła także, że wymogi co do wysokości krzesel spełnia jedynie 8 krzesel o wysokości 40 cm, co uniemożliwia przeprowadzenie zajęć jednocześnie dla 10 osób.

Zamawiający dodał, że weryfikacja ilości i wysokości zostały dokonane w obecności Wykonawcy i znalazły swoje odzwierciedlenie w zapisach protokołu oraz dokumentacji zdjęciowej i nie były negocjowane na tym etapie, czy przy sporządzaniu oraz podpisaniu protokołu, z którym Odwołujący zapoznał się, co potwierdził własnoręcznym podpisem.

Co do sposobu i techniki pomiaru Zamawiający uznał za aktualne uwagi zgłoszone

powyżej w stosunku do pomiaru ogrodzenia.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że nielogiczne są zarzuty Odwołującego w kontekście pomiaru miarką elastyczną, która odpowiednio przy ogrodzeniu powoduje, że pomiar jest zaniżony na jego niekorzyść, a z kolei przy krzesłach i ławkach powoduje, że pomiar ten jest na niekorzyść Odwołującego zawyżony.

{ad pkt 5)}

Zamawiający zrelacjonował, że zgodnie z pkt 6.6.35. załącznika nr 1 do SIWZ wymagał wyposażenia ośrodka w: *apteczkę pierwszej pomocy umieszczoną w widocznym, łatwo dostępnym i oznaczonym miejscu (biały krzyż na zielonym tle) wyposażoną w: a. wodę utlenioną; b. opatrunki; c. plastry; d. bandaże; e. chusty trójkątne; f. opaski elastyczne; g. watę; h. nożyczki; rękawiczki lateksowe; j. maseczkę do sztucznego oddychania; k. folię NCR; instrukcję udzielania pierwszej pomocy.*

W takiej wizytacji komisja stwierdziła, że w apteczce brak jest wody utlenionej oraz waty, co odnotowano w protokole.

W opinii Zamawiającego Odwołujący faktycznie przyznaje, że brak taki nastąpił, wskazując jednocześnie, że ośrodek funkcjonuje i zarzut taki jest mało znaczący.

Zamawiający ponownie stwierdził, że Odwołujący jako profesjonalista złożył ofertę, w której zapewnił o określonym wyposażeniu ośrodka, w tym w wyposażeniu apteczki, i jako profesjonalista wiedzący o wizytacji i jej zakresie – wymogu tego nie dochował. Oferta nie była zatem zgodna z SIWZ.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że zarówno wata, jak i woda utleniona nie są materiałami, które zużywają się jednorazowo, w związku z czym obiektywnie łatwo nadzorować stan ich zużycia, nawet przy bieżąco funkcjonującym ośrodku.

W ocenie Zamawiającego ewentualne uzupełnienie apteczki wynikające ze zdjęć Odwołującego można uznać wyłącznie w rozumieniu pzp za niedopuszczalne uzupełnienie oferty po dacie jej złożenia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której

podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Odnosnie podnoszonego przez Zamawiającego braku legitymacji po stronie Odwołującego z uwagi na upływ związania ofertą, skład orzekający Izby nie podziela tego poglądu. W krajowym orzecznictwie (zarówno Izby, jak i sądów okręgowych) nie ma zgodności co do tego, czy brak związania ofertą uniemożliwia dokonanie wyboru takiej oferty. W odpowiedzi na odwołanie obszernie zaprezentowano wyłącznie orzecznictwo wyrażające stanowisko, które podziela Zamawiający na potrzeby tej sprawy, lecz w orzecznictwie, szczególnie nowszym, silnie reprezentowane jest stanowisko przeciwne. Za reprezentatywny można tu uznać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r. sygn. XXIII Ga 924/14, w której sąd dokonał najszerzej analizy i wykładni instytucji związania ofertą terminem w systemie zamówień publicznych, stwierdzając m.in., że *z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy pzp należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty*. Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 17 stycznia 2013 r. sygn. IX Ga 392/13, w uzasadnieniu którego stwierdzono m.in., że: *żaden z obowiązujących przepisów ustawy pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upływie termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa pzp nie zawiera również regulacji umożliwiających pominięcie oferty niepodlegającej odrzuceniu*.

W kontekście okoliczności tej sprawy warto odnotować pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 25 kwietnia 2017 r. sygn. XIII Ga 40/17, który stwierdził m.in.,

że regulacja prawa zamówień publicznych zawiera w zakresie zawieszenia terminu związania ofertą niewątpliwie lukę, gdyż nie uwzględnia przy przedłużeniu tego terminu możliwości wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Nie ma zaś logicznego wytłumaczenia, dlaczego po wniesieniu skargi sytuacja skarżącego miała by ulec zmianie na jego niekorzyść, w tym znaczeniu, że nie byłby już związany ofertą.

Przede wszystkim umknęło uwadze Zamawiającego, że powyższe rozbieżności w orzecznictwie krajowym zostały rozstrzygnięte przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu postanowienia w sprawie C-35/17, zresztą w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez Izbę. Trybunał orzekł, co następuje: *Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Co więcej, w uzasadnieniu tego postanowienia Trybunał wskazał, że odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający (Izby) można wywieść w sposób jednoznaczny m.in. z wyroku Trybunału z 2 czerwca 2016 r., C-27/15, w którym to orzeczeniu Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości w przetargach publicznych sprzeciwia się wykluczeniu wykonawcy za niedopełnienie obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Trybunał zaakcentował, że brak możliwości obciążania wykonawcy negatywnymi skutkami, tym bardziej powinien przyświecać decyzjom zamawiającego, gdy – tak jak w przedmiocie skutków upływu terminu związania ofertą – z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.*

Skoro upływ związania ofertą według Trybunału nie jest podstawą do niebrania pod uwagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty (przesłanka odrzucenia oferty z aktualnie obowiązującego art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp, podobnie jak analogicznie sformułowana w nieobowiązującym już art. 24 ust. 1 pkt 2 in fine pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy odnosi się wyłącznie do niewyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), tym bardziej nie ma podstaw, aby z braku związania ofertą wywodzić po stronie wykonawcy brak legitymacji do wniesienia odwołania czy skargi.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pkt 1. załącznika nr 9 do s.i.w.z. pn. „Opis przebiegu wizytacji obiektów” Zamawiający przewidział, że komisja przetargowa przeprowadzi w ustalonym terminie wizytację zgłoszonych przez wykonawców obiektów nie tylko na potrzeby przyznania punktacji w pozacenowych kryteriach („Warunki lokalowe” oraz „Dodatkowe warunki lokalowe”), ale dokona w zakresie opisanym poniżej w tym dokumencie oceny spełnienia przez te obiekty wymagań określonych w SIWZ, czyli *de facto* sprawdzi realną zgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 5. tego załącznika w przypadku wystąpienia niezgodności wymagań postawionych w SIWZ ze stanem faktycznym obiektu w dniu wizytacji, wynikających z przyczyn niezależnych od wykonawcy, spowodowanych np. awarią, kradzieżą lub innego typu zdarzeniem losowym, wykonawca był zobowiązany do zgłoszenia komisji przetargowej i udokumentowania tego faktu przed rozpoczęciem wizytacji. W przypadku zaistnienia powyższego zdarzenia komisja przetargowa miała zmienić datę wizytacji. Termin wizytacji mógł zostać przełożony jednokrotnie.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Odwołujący nie występował do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę terminu wizytacji.

{ad pkt 1)}

Według załącznika nr 1 do s.i.w.z. zawierającego opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} *Wykonawca zobowiązany jest zapewnić:*

6.6.1 minimum 100 miejsc noclegowych w oferowanym obiekcie, maksimum równe liczbie miejsc podanych przez Wykonawcę w złożonej ofercie.

6.6.27 wyposażenie podstawowe pokoi mieszkalnych: a. łóżka w liczbie odpowiadającej liczbie zakwaterowanych osób (jako jedno łóżko traktowane będą: jednoosobowe łóżko z materacem na stelażu drewnianym lub metalowym, tapczan, wersalka, kanapa lub sofa rozkładana);

Załączniki nr 9 do s.i.w.z. – *Czynności wykonywane przez Komisję przetargową w czasie wizytacji i udokumentowane w sporządzonym podczas niej protokole:*

5) dokonanie oceny stanu wszystkich pomieszczeń (oraz ich wyposażenia), które Wykonawca przeznaczył na prowadzenie ośrodka, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 6.6.6 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia);

6) sprawdzenie zamykanych pokoi mieszkalnych oraz wyposażenia tych pomieszczeń zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 6.6.27 z wyłączeniem lit. d oraz e Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia);

W ofercie Margo podano 120 miejsc.

W protokole z wizytacji komisja przetargowa odnotowała:

- w pkt 1. dot. pkt 6.6.1.OPZ: 107 łóżek w pokojach oraz 4 tapczany w magazynie = 111 sztuk;
- w pkt 38. dot. m.in. pkt 6.6.27. OPZ: Sprawdzono pokoje mieszkalne wg załączników „Indywidualna ocena pomieszczeń w obiekcie”. Liczba łóżek nie jest zgodna z maksymalną liczbą zaoferowanych miejsc.

Odnosnie pkt 38. protokołu Wykonawca zgłosił następujące zastrzeżenie: *Brakujące łóżka znajdują się w magazynie [,] proponowałam komisji przetargowej wyjęcie ich i złożenie [,] z czego nie skorzystano.*

Uzasadnienie odrzucenia: *brak odpowiedniego wyposażenia pokoi mieszkalnych w łóżka w liczbie odpowiadającej liczbie zakwaterowanych osób (120). Zgodnie z pkt 6.6.27 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał wyposażenia pokoi mieszkalnych, m.in. w łóżka, których liczba będzie odpowiadać liczbie zakwaterowanych osób (jako jedno łóżko traktowane będą: jednoosobowe łóżko z materacem na stelażu drewnianym lub metalowym, tapczan, wersalka, kanapa lub sofa rozkładana).*

Komisja przetargowa przeprowadzając wizytację obiektu, zgodnie z opisem przedstawionym w Załączniku nr 9 do SIWZ, stwierdziła, że obiekt wyposażony jest w łóżka w ilości jedynie 111 szt., w tym 107 szt. w pokojach mieszkalnych i 4 pojedyncze tapczany w magazynie, pomimo, że w ofercie Wykonawca oświadczył, że obiekt przeznaczony jest dla 120 osób. Komisja nie uznała za łóżka sterty desek leżących w magazynie, wśród których znajdowały się elementy przypominające części składowe łóżek, gdyż Komisja nie była w stanie stwierdzić, iż są to części łóżek, stanowiące kompletne stelaże, jak również Wykonawca nie okazał pasujących do nich materaców. Sam stelaż drewniany bez materaca, zgodnie z zapisami SIWZ nie może być traktowany jako łóżko

Izba stwierdziła, że z przywołanych powyżej postanowień załączników nr 1 i 9 do s.i.w.z. rozpatrywanych łącznie jednoznacznie wynika, że przedmiotem badania podczas wizytacji będzie m.in. kwestia wyposażenia pokoi w liczbę łóżek odpowiadającą liczbie miejsc wskazanych w ofercie. Zatem jeżeli z powodu aktualnego na chwilę wizytacji stanu osobowego w pokojach rozmieszczona była mniejsza liczba łóżek, Wykonawca winien wykazać, że jest możliwe rozmieszczenie w tych pokojach dodatkowych łóżek, aby łącznie zapewnić zadeklarowaną w ofercie ich liczbę.

Z dokumentacji zdjęciowej stanowiącej załącznik do protokołu wynika, że komisji

przetargowej udostępniono do wglądu pomieszczenie magazynowe o zielonych ścianach, w którym zgromadzono nieposegregowane elementy drewniane do montażu stelaży łóżek, a w tym pomieszczeniu magazynowym nie było w ogóle materacy {patrz zdjęcia o nr DCS_8619.jpg-DSC_8628.jpg w dokumentacji Zamawiającego}.

Dopiero po zakończeniu wizytacji Wykonawca uporządkował (posegregował) te elementy w sposób umożliwiający sprawdzenie kompletności elementów i liczby stelaży łóżek, które można z nich zmontować {patrz 3 zdjęcia załączone do odwołania w folderze pn. „elementy_lozka magazyn”} oraz wystawił je na zewnątrz w sposób umożliwiający taką weryfikację {patrz 7 zdjęć załączonych do odwołania w folderze pn. „elementy_lozka”}.

Bez znaczenia jest również, że po wizytacji Wykonawca udokumentował, że w innym pomieszczeniu magazynowym o białych ścianach zgromadził też piankowe materace {patrz zdjęcie załączone do odwołania zamieszczone w folderze pn. „Materace_magazyn”}. Izba nie dała wiary zawartemu w odwołaniu twierdzeniu, że Wykonawca proponował okazanie tych materacy komisji przetargowej, gdyż uwaga zgłoszona przez niego do protokołu odnosi się *de facto* do jedynie do propozycji montażu stelaży łóżek, o czym również jest mowa w odwołaniu w innym miejscu niż o materacach (Wykonawca niejednokrotnie używa terminu „łóżka” w odniesieniu do samych stelaży, a o materacach wspomina zupełnie odrębnie, wprost używając słowa „materac”). Nie ma to jednak większego znaczenia, gdyż potwierdza jedynie, że Wykonawca na potrzeby wizytacji nie zmontował łóżek w liczbie odpowiadającej treści oferty.

{ad pkt 2)}

Według załącznika nr 1 do s.i.w.z. *Wykonawca zobowiązany jest zapewnić:*

6.6.2 trwale ogrodzony teren obiektu ośrodka oraz trwałe wyгородzenie wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, zagrażających bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób, w szczególności: zbiorników z gazem lub olejem opałowym, budynków przeznaczonych do rozbiórki, szamb, betonowych płyt, głębokich, niezabezpieczonych daszkiem wjazdów do podziemia budynku, odkrytych studni(ogrodzenia muszą być trwale związane z podłożem, może to być minimum siatka rozpięta pomiędzy słupkami zamocowanymi na stałe i zabetonowanymi w podłożu, niedopuszczalne jest ogrodzenie systemowe, przenośne, z możliwością natychmiastowego demontażu).

Jeżeli w trakcie realizacji umowy Zamawiający stwierdzi obecność urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, stanowiących w jego ocenie zagrożenie dla bezpieczeństwa osób, zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy

właściwego ich zabezpieczenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego pod rygorem zapłaty kary umownej określonej w umowie.

Załączniki nr 9 do s.i.w.z. – Czynności wykonywane przez Komisję przetargową w czasie wizytacji i udokumentowane w sporządzonym podczas niej protokole:

1) sprawdzenie czy teren obiektu ośrodka jest trwale ogrodzony z zamykaną bramą wjazdową oraz ma miejsce trwale wyгородzenie wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie zewnętrznym, okalającym budynek lub budynki ośrodka, zagrażających bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 6.6.2 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia);

W pkt 2. protokołu z wizytacji dot. m.in. pkt 6.6.2. OPZ stwierdzono: Niezabezpieczony budynek w sąsiedztwie parkingu, tj. wyłączony z użytkowania dla Zamawiającego, w postaci: (1) wyszczerbione ostre krawędzie płytek na betonowej balustradzie przy wejściu na schody do budynku. (2) niezabezpieczona ściana na końcu schodów przy drzwiach do budynku, wysokość wewnętrzna – 73 cm [,] zaś wysokość zewnętrzna – 185 cm.

Dokumentacja zdjęciowa załączona do protokołu potwierdza taki stan faktyczny {patrz zdjęcia o nr DCS_7597.jpg-7601.jpg w dokumentacji zamawiającego}

Odnośnie pkt 2. protokołu Wykonawca zgłosił następujące zastrzeżenie: Budynek w sąsiedztwie parkingu jest budynkiem wyłączonym [,] posiada opinię rzeczoznawcy budowlanego [,] z której wynika, że nie zagraża bezpieczeństwu. Jeżeli komisja przetargowa jest innego zdania to bardzo proszę o informację [,] która osoba ze składu komisji jest rzeczoznawcą budowlanym upoważnionym do wydawania opinii.

Uzasadnienie odrzucenia: brak wyгородzenia wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie ośrodka, zagrażających bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób (...) zgodnie z wymogiem pkt 6.6.2.Załącznika nr 1 do SIWZ. Uzasadnienie: Komisja przetargowa, przeprowadzając wizytację, zgodnie z opisem przedstawionym w Załączniku nr 9 do SIWZ, stwierdziła, że na terenie ośrodka znajduje się dawny budynek biurowy wyłączony z użytkowania, który zagraża bezpieczeństwu osób przebywających na terenie ośrodka, w szczególności dzieci. Stwierdzono wyszczerbione, ostre krawędzie płytek na betonowej balustradzie przy wejściu na schody do budynku, o które można się pokaleczyć. Ponadto u szczytu schodów, obok wejścia do budynku znajduje się niebezpieczna ścianka (murek), (...) wys. wewnętrzna – 73 cm, wys. zewnętrzna – 185 cm. Swobodny dostęp do ww. nieogrodzonego budynku, przy jednoczesnym braku osób wewnątrz budynku, może spowodować niebezpieczne sytuacje, takie jak siadanie i inne zabawy na murku, co grozi upadkiem z wysokości 185 cm.

Izba stwierdziła, że tak, jak to opisano w odpowiedzi na odwołanie opinia rzeczoznawcy budowlanego, na którą powołuje się Odwołujący, ma ogólny charakter i w ogóle nie dotyczy aspektu bezpieczeństwa powyższego elementu budynku dla dzieci, a zatem jest bez znaczenia dla sprawy. Nie ma tu też analogii ze sprawą, którą opisano w odwołaniu, gdyż tam przedstawiono opinię rzeczoznawcy konkretnie odnoszącą się do elementu budynku (drabiny), którego bezpieczeństwo było sporne.

Ponadto z adekwatnie opisanej w odpowiedzi konstrukcji specyfikacji wynika, że złożenie wraz z ofertą powyższej opinii było wymagane niezależnie od podania się do sprawdzenia w toku wizytacji spełnienia szczegółowych wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Innym słowy przedstawienie pozytywnej opinii rzeczoznawcy budowlanego nie uwalniało od wykazania w toku wizytacji spełnienia wymagania co do wygradzenia wszelkich niebezpiecznych elementów.

Pozostałe twierdzenia zawarte w odwołaniu dotyczą tolerowania dotychczas przez Zamawiającego niezabezpieczenia tego elementu, co jest bez znaczenia dla sprawy.

Podstawą faktyczną odrzucenia było pierwsze zdanie pkt 6.6.2. OPZ Zdanie drugie tego pkt, na które powoływał się Odwołujący, dotyczy etapu realizacji umowy, a nie wizytacji na potrzeby badania zgodności ośrodka z treścią oferty.

{ad pkt 3}

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić:

6.6.3 wygradzony ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m plac zabaw dla dzieci z furtką lub furtkami, każdą wyposażoną w samozamykacz (automatyczne zamknięcie) regulującą lub regulującymi dostęp dzieci i zwierząt na teren placu zabaw; wyposażony w: piaskownicę (brzeg tj. siedzisko piaskownicy bez uszkodzeń mechanicznych), co najmniej 4 urządzenia służące do zabawy (większa liczba urządzeń będzie dodatkowo punktowana) oraz co najmniej 2 ławki (minimum dla 3 osób dorosłych każda) i 2 kosze na śmieci trwale związane z podłożem. Piaskownica o wymiarach większych niż 3mx3m (mierzone po zewnętrznej krawędzi) będzie dodatkowo punktowana. Wszystkie zainstalowane urządzenia muszą spełniać wymogi bezpieczeństwa i zgodności z Polską Normą (tj. PN-EN 1176) lub odpowiednikami europejskimi tej normy.

Na potwierdzenie spełniania ww. wymagań do oferty należy dołączyć dokument przeglądu/kontroli/inspekcji placu zabaw, obejmujący swoim zakresem ocenę zgodności placu zabaw z normą PN-EN 1176 lub odpowiednikami tej normy obowiązującymi w Unii Europejskiej, o którym/-ych mowa w Rozdziale XII pkt 14 ppkt 1.4 i) SIWZ.

Czynności wykonywane przez Komisję przetargową w czasie wizytacji i udokumentowane w sporządzonym podczas niej protokole:

2) sprawdzenie czy plac zabaw dla dzieci jest wyгородzony ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m z furtką lub furtkami, każdą wyposażoną w samozamykacz (automatyczne zamknięcie) regulującą lub regulującymi dostęp dzieci i zwierząt na teren placu zabaw, czy jest wyposażony w piaskownicę,) i pozostałe urządzenia, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt. 6.6.3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz ewentualne urządzenia dodatkowe;

Podstawą faktyczną odrzucenia była kwestia wysokości ogrodzenia, o której mowa na początku pkt 6.6.3., a nie bezpieczeństwa i zgodności ze wskazaną dalej PN, stąd bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Odwołującego na dokument potwierdzający zgodność placu z tą normą.

W pkt 3. protokołu dot. pkt 6.6.3.: *Pomiary wysokości ogrodzenia placu zabaw w sześciu różnych miejscach wykazały odpowiednio 90 cm, 91 cm, 90 cm, 96 cm, 98 cm i 100 cm.*

Dokumentacja zdjęciowa załączona do protokołu potwierdza taki stan faktyczny {patrz zdjęcia o nr: DCS_7799.jpg-7811.jpg w dokumentacji Zamawiającego}. Pomimo podnoszonych w odwołaniu zastrzeżeń co do sposobu pomiaru z wykorzystaniem elastycznej miarki, Izba stwierdziła, że mogło to spowodować co najwyżej zawyżenie wyników pomiaru, czyli w tym przypadku było korzystne dla Wykonawcy.

Odnośnie pkt 3. protokołu Wykonawca zgłosił następujące zastrzeżenie: *Wszystkie szczebelki zainstalowane na ogrodzeniu placu zabaw są jednakowych wymiarów [,] jednak na skutek rozsypywania piasku niektóre zostały zasypane [,] co spowodowało różne wymiary wysokości.*

Uzasadnienie odrzucenia: *niespełnienie wymogu określonego w pkt 6.6.3.Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia placu zabaw dla dzieci wyгородzonego ogrodzeniem o wysokości co najmniej 1 m (...).*

Komisja przetargowa, przeprowadzając wizytację, zgodnie z opisem przedstawionym w Załączniku nr 9 do SIWZ, dokonując pomiaru ogrodzenia placu zabaw w sześciu różnych miejscach stwierdziła, że ogrodzenie nie spełnia wymogu co do wysokości. Wysokość ogrodzenia wynosiła (w cm): 90, 91, 90, 96, 98 i 100.

Z przywołanego powyżej postanowienia, wbrew odmiennemu pogładowi Odwołującego, jednoznacznie wynika, że ogrodzenie placu zabaw na całej długości ma być wysokości co najmniej 1 m. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o realną wysokość ogrodzenia mierzoną od podłoża w danym miejscu, a nie teoretyczną długość elementów, z których zmontowane jest ogrodzenie.

Ponadto z twierdzeń Odwołującego na rozprawie i dokumentacji zdjęciowej załączonej przez niego do odwołania {w folderze pn. „ogrodzenie_placu zabaw_pomiar_wykonawca”} wynika, że odnosi się on do wysokości zakupionych słupków (lub innych fragmentów ogrodzenia niż zweryfikowane przez komisję), a nie faktycznie zmontowanego z nich i użytkowanego ogrodzenia, które z racji niedokładności montażu oraz zmian wysokości podłoża nie jest równej wysokości i faktycznie w niektórych miejscach może być niższe niż wymagany 1 m.

{ad pkt 4)}

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić:

6.6.17 zamykane pomieszczenie przeznaczone na salę lekcyjną, służące również do prowadzenia zajęć i spotkań z cudzoziemcami, organizacjami pozarządowymi, przedstawicielami różnych instytucji bądź w innym celu o powierzchni co najmniej 15m², wyposażone co najmniej w: magnetyczną suchościeralną tablicę o wymiarach min. 150 cm x 100 cm, wyposażoną w półkę na markery oraz czyściki (Wykonawca w czasie trwania umowy zapewni także materiały eksploatacyjne do obsługi tablicy tj. markery w co najmniej 4 kolorach, w tym czarnym i czerwonym, czyściki oraz minimum 35 magnesów), tablicę do pisania w trzy linie o minimalnych wymiarach 90 cm x 80 cm zwijaną lub w formie nakładki na tablicę magnetyczną, aktualną ścienną mapę fizyczną Polski (rok wydania nie wcześniej niż 2017, minimalna skala 1:500 000), aktualną ścienną mapę polityczną świata (rok wydania nie wcześniej niż 2017, minimalna skala 1:18 000 000), minimum 4 plansze dydaktyczne ściennie: z alfabetem, częściami ciała, kolorami, nazwami miesięcy i zegarem, tablicę korkową o wymiarach co najmniej 90cmx 120cm wraz z pinezkami, zegar ścienny, ławki szkolne (wysokość blatu mieszcząca się w przedziale od 64 cm do 71 cm) oraz krzesła (wysokość siedziska krzesła mieszcząca się w przedziale od 38 cm do 43 cm) umożliwiające przeprowadzenie zajęć dla co najmniej 10 osób jednocześnie, a także w regał z co najmniej 5 półkami na książki i materiały dydaktyczne, o wymiarach co najmniej szerokość: 60 cm, wysokość 150 cm, szafkę zamykaną na zamek o wymiarach co najmniej szerokość 60 cm, wysokość 100 cm, biurko, krzesło, telewizor LCD, LED lub plazmowy z przeglądarką internetową oraz WI-FI o przekątnej ekranu minimum 28 cali ze sprawnym pilotem zdalnego sterowania oraz z podłączonym odtwarzaczem DVD, przenośny radioodtwarzacz CD (o mocy min. 2x1,7W, odtwarzanie CD, odtwarzanie MP3, wyświetlacz LCD, instrukcja obsługi w języku polskim, kabel zasilający).

Czynności wykonywane przez Komisję przetargową w czasie wizytacji i udokumentowane w sporządzonym podczas niej protokole:

17) sprawdzenie zamykanego pomieszczenia przeznaczonego na salę lekcyjną oraz wyposażenia tego pomieszczenia –zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 6.6.17 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia);

W pkt 21. protokołu dot. pkt 6.6.17.: 4 szt. ławek o wysokości: 57,5 cm, 5 szt. ławek o wysokości: 76 cm. 8 szt. krzesel o wysokości: 40 cm (brak 2 szt. krzesel).

Uzasadnienie odrzucenia: *niespełnienie wymogu określonego w pkt 6.6.17. Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia zamykanego pomieszczenia przeznaczonego na salę lekcyjną, (...) wyposażonego co najmniej w: (...) ławki szkolne (wysokość blatu mieszcząca się w przedziale od 64 cm do 71 cm) oraz krzesła (wysokość siedziska krzesła mieszcząca się w przedziale od 38 cm do 43 cm) umożliwiające przeprowadzenie zajęć dla co najmniej 10 osób jednocześnie (...).*

Komisja przetargowa, przeprowadzając wizytację, zgodnie z opisem przedstawionym w Załączniku nr 9 do SIWZ, stwierdziła, że pomieszczenie przeznaczone na salę lekcyjną zostało wyposażone w: 4 szt. ławek o wysokości 57,5 cm, 5 szt. ławek o wysokości 76 cm oraz 8 szt. krzesel o wysokości 40 cm. Wyposażenie Sali lekcyjnej nie spełnia wymogu Zamawiającego w zakresie liczby krzesel oraz wysokości wszystkich ławek;

Dokumentacja zdjęciowa załączona do protokołu zawiera zdjęcia z pomiarami pojedynczych egzemplarzy mebli {patrz zdjęcia o nr: DCS_7875.jpg-7891.jpg w dokumentacji Zamawiającego}, są też zdjęcia pokazujące, jak to potwierdzono w odwołaniu, widok ogólny sali, gdzie widać {patrz zdjęcia o nr: DCS_7857.jpg-7859.jpg, DCS_7875.jpg i DCS_7891.jpg w dokumentacji Zamawiającego}, na których podstawie można stwierdzić, że nie było tam 10 krzesel z pomarańczowym stelażem, z których 8 według pomiarów Zamawiającego było odpowiednie. Biorąc pod uwagę, że w protokole Wykonawca nie zgłosił zastrzeżeń do tego pkt, brak podstaw do kwestionowania prawdziwości ustaleń komisji. Z tego względu nie ma znaczenia, że na zdjęciach wykonanych przez Odwołującego już po wizytacji krzesel tych jest więcej niż 10, jak przedstawiono to na zdjęciu załączonym do odwołania {Zdjęcia 1 – szkoł.jpg, Zdjęcia 2 – szkoła.jpg}. Z argumentacji odwołania wynika zresztą, że Odwołujący również krzesła na srebrnym stelażu uważał za prawidłowe, co oznacza, że nie widział konieczności przedstawienia w sali 10 krzesel ze stelażem pomarańczowym.

Krzesła ze srebrnym stelażu nie spełniają jednak wymagania, aby wysokość siedziska mieściła się w granicach 38-43 cm, co wynika również ze zdjęć załączonych do odwołania {11 Pomiar.jpg-12 Pomiar.jpg}, na których widać, że z przodu siedzisko ma wysokość 46 cm. Odwołujący błędnie założył, że chodzi o to, aby siedzisko choćby w niektórych miejscach mieściło się w zakreślonych granicach, choć z zapisu wynika, że określa on wysokość dla całej jego powierzchni, przy uwzględnieniu, że nie musi ona być

pozioma, ale łagodnie opada ku tyłowi.

Odnosnie ławek poza sporem jest, że ławki na okrągłych nogach są za niskie, natomiast z uwagi widoczną na pierwszy rzut oka niedokładność pomiarów Zamawiającego, która w tym przypadku przekładała się na wynik niekorzystny dla Wykonawcy, Izba wzięła w tym przypadku pod uwagę zdjęcia ławek na srebrnym stole załączone do odwołania {15 Pomiar.jpg-18 Pomiar.jpg}, z których wynika, że przy prawidłowym przyłożeniu miarki płaszczyzna blatu znajduje się na wysokości 71 cm od płaszczyzny podłoża.

{ad pkt 5)}

Brzmienie wymagania OPZ, a także podleganie sprawdzeniu zawartości apteczki w toku wizytacji zostało adekwatnie przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

Z odwołania wynika, że niesporne było, że podczas wizytacji apteczka nie zawierała waty i wody utlenionej. Wynika to wprost z pkt 39. protokołu z wizytacji, do którego Wykonawca nie wniósł żadnych zastrzeżeń.

W tych okolicznościach zmiana stanowiska przez Odwołującego na rozprawie została przez Izbę uznana za niewiarygodną, a także stanowiącą niedopuszczalną po upływie terminu na wniesienie odwołania zmianę zarzutu, który sprowadzał się do bagatelizowania tego braku i usprawiedliwiania go faktem bieżącego użytkowania ośrodka.

Skoro Zamawiający uznał sprawdzenie zawartości apteczki za istotne, nie ma podstaw, aby na tym etapie postępowania kwestionować znaczenie stwierdzonego braku. Zamawiający trafnie zauważył, że jednorazowe (a nawet kilkukrotne) użycie wody utlenionej czy waty nie powoduje ich wyczerpania, gdyż typowe opakowania zawierają ilość wystarczającą na wiele użyć. Niewiarygodne są zatem tłumaczenia zawarte w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Margo było prawidłowe.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady –

porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanych urządzeń, jak w tym postępowaniu).

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również

w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Choć nie jest to wprost uregulowane w ustawie pzp, za dopuszczalne należy uznać, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, żądanie przez zamawiającego, jak w tym postępowaniu, realnego potwierdzenia treści oświadczenia woli zawartego w ofercie w drodze prezentacji przedmiotu oferty. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia treści tego oświadczenia woli jest również podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., gdyż nie dochodzi do wymaganego na mocy postanowień s.i.w.z. wykazania przez wykonawcę zgodności parametrów oferowanych z określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Co istotne, jeżeli procedura opisana w s.i.w.z. nie przewiduje możliwości powtórzenia prezentacji lub usunięcia uchybień stwierdzonych w jej toku uchybień, powodują one definitywne odrzucenie oferty, gdyż art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie znajduje w takim przypadku zastosowania.

Skoro treść oferty w powyżej ustalonym zakresie (który z niewielkim wyjątkiem dotyczącym ławek pokrywa się z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego) nie znalazła realnego potwierdzenia w toku wizytacji przeprowadzonej zgodnie z s.i.w.z., oferta Margo prawidłowo została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Załącznik nr 8 do s.i.w.z w § 13 IPU pkt 7, 8, 9 opisuje, jak winno sporządzać się protokół z wizytacji w toku realizacji umowy, natomiast procedura wizytacji na potrzeby badania oferty została w całości uregulowana w przywoływanym powyżej załączniku nr 9 do s.i.w.z. Odwołujący nie wskazał żadnego z postanowień tego załącznika, który miałby zostać naruszony przez Zamawiającego w toku przeprowadzania wizytacji oraz sporządzania i podpisania protokołu z tej czynności.

W szczególności nie ma potrzeby zastrzegania konieczności tzw. parafowania każdej

strony dokumentu, gdyż każda ze stron ma zawsze prawo i możliwość, jeżeli uważa to za istotne dla ochrony swych interesów, tzw. podpisania każdej strony dokumentu, aby mieć pewność, że nie ulegnie on zmianie bez jej wiedzy.

Izba uznała za niewiarygodne twierdzenia Odwołującego, że przekreślenia słowa „TAK” i zakreślenie „NIE” w pkt 21. protokołu oraz zamieszczenie uwagi nastąpiło po tym, jak zapoznała się z treścią protokołu. Izba uznała za przekonującą argumentację Zamawiającego z rozprawy, że przeczy temu treść pkt 41. protokołu, w którym zbiorczo wskazano wszystkie pkt poprzedzające, w których stwierdzono uchybienia, a pkt 21. znajduje się w środku tego wyliczenia i nie wygląda na nadpisany.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.

Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, stąd na Odwołującym spoczywał obowiązek przedstawienia dowodów na potwierdzenie faktów, z których chciał wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ej, qui negat* – ciężar dowodowy (onus probandi) spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza, wyrażoną w art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp oraz art. 190 ust. 1 pzp.

Skoro Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, że doszło do nieprawidłowości przy sporządzaniu i podpisywaniu protokołu, zarzuty sprowadzające się do twierdzeń zawartych w odwołaniu należało uznać za bezzasadne.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp ma charakter niesamoistny, gdyż zależy od rozstrzygnięcia kwestii zasadności odrzucenia jedynej złożonej oferty przez Margo, wobec zasadności tej czynności, zarzut ten jest w konsekwencji bezzasadny.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Natomiast Izba nie zasądziła

wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego przed Izłą, gdyż do zamknięcia rozprawy nie został złożony w tym zakresie rachunek, czego wymaga § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.