

WYROK
z dnia 20 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2019 r. przez wykonawcę

CELMAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę CELMAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CELMAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od CELMAR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością rzecz Miasta Bielsko-Biała kwotę 894 zł 00 gr (słownie: osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika.

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 Bielsku-Białej.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 406/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Bielsko-Biała prowadzi postępowanie na „zagospodarowanie terenu miejskiego przy ul. Zdrojowej / ul. św. Anny w Bielsku-Białej na cele rekreacyjne” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 660720-N-2018. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Celmar Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a „z ostrożności procesowej” także art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego

i dokonanie oceny oferowanych przez Odwołującego rozwiązań równoważnych w oparciu

o część III pkt 4.1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował go

o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie podziela stanowiska Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia polega na wykonaniu robót budowlanych w zakresie zagospodarowaniu terenu obejmującego wykonanie placu zabaw. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w dokumentacji projektowej, w tym w pliku „urządzenia zabawowe Bielsko Biała.pdf”, w którym zamieścił opis urządzeń zabawowych poprzez wskazanie znaków towarowych konkretnego producenta urządzeń, tj. firmy Lappset Ltd. Zamawiający nie wskazał w dokumentacji producenta z nazwy, jednak zamieścił wizualizację urządzeń. Również wskazane przez Zamawiającego parametry techniczne (wymiary urządzenia) oraz parametry bezpieczeństwa (strefa bezpieczeństwa oraz wysokość upadku) są

identyczne do parametrów urządzeń firmy Lappset. Wobec powyższego cały plik „urządzenia zabawowe Bielsko Biala.pdf” jest powtórzeniem treści graficznej oraz tekstowej z kart katalogowych firmy Lappset. Fakt opisanego przedmiotu zamówienia na podstawie rozwiązań firmy Lappset potwierdził również sam Zamawiający dokonując, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopisku „lub równoważny” przy opisie każdego urządzenia.

W części III pkt 4.1 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dokonał opisu, wymagań sposobu przedstawienia rozwiązań równoważnych w ofercie oraz,

w punkcie 4.1 lit. b, dokonał opisu warunków równoważności (sposobu, w jaki będzie sprawdzał równoważność urządzeń).

Odwołujący w swojej ofercie zawarł wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje dotyczące rozwiązań równoważnych opisanych w części III pkt 4.1 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. numery katalogowe, nazwę, producenta, parametry techniczne (długość, szerokość, wysokość) oraz parametry bezpieczeństwa (długość i szerokość strefy bezpieczeństwa), tj. parametry, na podstawie których Zamawiający dokonuje oceny rozwiązań równoważnych, o których mowa w części III pkt 4.1 lit. b specyfikacji. Dodatkowo Odwołujący wskazał również pozostałe parametry urządzeń znajdujące się w opisie urządzeń w pliku „urządzenia zabawowe Bielsko Biala.pdf”, a nie wymienione w punkcie 4.1 lit. b w celu uniknięcia nieporozumień na etapie realizacji inwestycji. Odwołujący nie dołączył do oferty certyfikatów urządzeń zabawowych, ponieważ Zamawiający żądał dołączenia jedynie „wymaganych przepisami certyfikatów”, a w przepisach prawa polskiego nie ma obowiązku, aby urządzenia zabawowe stosowane na terenach publicznych posiadały certyfikaty. Niemniej jednak zaoferowane urządzenia są zgodne z normą PN-EN 1176.

Odwołujący, jako profesjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówień publicznych, przygotował ofertę z należytą starannością i precyzją. Jednocześnie w celu złożenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczególną uwagę zwrócił na dobór urządzeń zabawowych. Zaoferowane urządzenia firmy Freekids spełniają wszystkie wymagania określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności są zgodne z przedmiotem zamówienia i warunkami równoważności. Odwołujący w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokonał opisu rozwiązań równoważnych i udowodnił równoważność oferowanych urządzeń zabawowych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego podane w uzasadnieniu są bezzasadne. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że wyjaśnienia okazały się niewystarczające. Odwołujący w ofercie zawarł wszystkie informacje, których wymagał Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które pozwalały Zamawiającemu na ocenę równoważności urządzeń. Pomimo tego faktu Zamawiający na etapie badania ofert zwrócił się do Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

o wyjaśnienie treści oferty. Odwołujący dokonał wyjaśnień treści oferty wskazując kolorystykę zestawu, opisując sposób połączeń poszczególnych modułów, wskazując, że

w zestawie występują takie typy modułów jak wieże, podesty, wejścia, przejścia, zjeżdżalnie, panele edukacyjne i panele z gramami.

Pomimo faktu dokonania obszernych wyjaśnień dotyczących wyglądu 8 urządzeń zabawowych Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia dotyczące jednego z urządzeń są niewystarczające i na tej podstawie dokonał odrzucenia oferty.

Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego w związku z nieprecyzyjnymi,

w opinii Zamawiającego, wyjaśnieniami treści oferty. Wyjaśnienia odpowiadały na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania. Zamawiający nie żądał wskazania, czy przejście tubowe ma przezroczyste elementy. Odwołujący, zgodnie z pytaniem Zamawiającego,

z jakich typów modułów składa się zestaw zabawowy, wskazał, że w skład zestawu wchodzi takie typy modułów jak wieże, podesty, wejścia, przejścia, zjeżdżalnie czy panele edukacyjne i panele z gramami. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia nie żądał wskazania typów elementów dostępowych. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnej treści wezwania do wyjaśnień, a wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wielokrotny.

W przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego nadal budziły wątpliwości co do oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien wezwać Odwołującego po raz kolejny, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do dalszego doprecyzowania treści oferty i wyjaśnień.

Zamawiający może odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy ponad wszelką wątpliwość

z treści oferty wynika, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności ze specyfikacją. Konieczne jest także podważenie treści oferty i jej merytorycznej zawartości z odpowiednim wymaganiem postawionym w specyfikacji.

Z treści złożonych przez Odwołującego dokumentów nie wynika ponad wszelką wątpliwość, że oferowane rozwiązania

są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tylko w takim przypadku Zamawiający mógł odrzucić ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zaoferował „trap linowy”, co po analizie kart katalogowych producenta Freekids wskazuje na elementy będące rodzajem kładki z desek. Twierdzenie Zamawiającego jest nieprawdziwe,

a zaoferowany przez Odwołującego zestaw zabawowy o numerze katalogowym WAR-328 nie posiada kładki z desek. Wykonawca nie składał takiego oświadczenia ani w ofercie, ani

w treści wyjaśnień. Zamawiający powołuje się na analizę karty technicznej producenta Freekids, której Odwołujący również nie przekazywał Zamawiającemu w ramach przedmiotowego postępowania.

Z informacji uzyskanych od producenta wynika, że firma Freekids również nie przekazywała Zamawiającemu karty technicznej oferowanego przez Odwołującego urządzenia. Dodatkowo sama karta techniczna urządzenia WAR-328 również nie wskazuje, że oferowane urządzenie zawiera kładkę z desek, lecz potwierdza, że takiego elementu zestaw nie posiada. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie własnych twierdzeń nie znajdujących potwierdzenia w treści oferty Odwołującego. Odwołujący nie oświadczył, że zestaw będzie posiadał kładkę z desek, nie przekazywał również karty technicznej urządzenia. W karcie technicznej nie znajdują się wymienione przez Zamawiającego elementy „pomost równoważnia” czy „równoważnia”. Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego na podstawie innych, nieznanych Odwołującemu dokumentów, które nie dotyczą oferowanego urządzenia. W związku z powyższym należy uznać, że zarzut Zamawiającego dotyczący niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezasadny.

Zamawiający na etapie badania ofert dokonał zmiany sposobu oceny rozwiązań równoważnych. Nie oceniał zgodności zaoferowanych rozwiązań z częścią III pkt 4.1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie dokonał opisu sposobu oceny rozwiązań równoważnych. Zamawiający, zamiast ocenić zgodność oferowanych rozwiązań

z warunkami równoważności, dokonał oceny rozwiązań równoważności na podstawie innych, nie opisanych wcześniej warunków. Zamawiający nie może na etapie badania

i oceny ofert zmieniać czy doprecyzowywać wymagań stawianych wykonawcom, a formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Działanie Zamawiającego polegające na zmianie warunków równoważności na etapie oceny ofert należy uznać za niedopuszczalne.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał, z jakich elementów składowych ma się składać zestaw zabawowy, nie wskazał również funkcji zabawowych poszczególnych elementów zestawu zabawowego. Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego poinformował, że: typ wejścia na zestaw zabawowy jest jego istotnym elementem, a świadczy o tym choćby różnorodność możliwych typów wejść; przejście tubowe wykonane jako półprzezroczyste jest istotne dla osób opiekujących się dziećmi; przejście widoczne w zestawie bazowym z projektu mogłoby być uznane za równoważne z elementami „pomost równoważnia” lub „równoważnia”; w zestawie bazowym z projektu jest to kładka sztywna (pochylona) z ruchomymi deskami zawieszonymi ponad nią na linach. Przedstawianie ww. wymagań dopiero na etapie badania ofert jest niedopuszczalne i uniemożliwia wykonawcy przygotowanie oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalne jest również wymaganie, aby rozwiązania równoważne były identyczne i spełniały wszystkie parametry urządzenia referencyjnego. Powyższe potwierdza orzeczenie KIO/UZP 984/09, w którym wskazano, że dopuszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej

w ustawie regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Rozwiązanie równoważne nie oznacza rozwiązania identycznego do rozwiązania referencyjnego. Zamawiający nie może odrzucać oferty wykonawcy za każdą różnicę pomiędzy urządzeniem referencyjnym a urządzeniem równoważnym oferowanym przez wykonawców, a tak w przedmiotowym postępowaniu postępuje Zamawiający. Zamawiający nie bada zgodności oferowanego urządzenia równoważnego z warunkami równoważności określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie szuka różnic pomiędzy urządzeniem referencyjnym, a urządzeniem równoważnym i każdą różnicę uznaje za niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również samo postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zamawiający wymaga zastosowania materiałów, urządzeń lub rozwiązań technicznych nie gorszych niż

o parametrach równoważnych lub wyższych pod względem parametrów technicznych, użytkowych lub eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych niż założonych w mniejszej siwz” nie daje Zamawiającemu prawa do stawiania na etapie badania ofert dodatkowych warunków równoważności, które nie zostały precyzyjnie wskazane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określanie parametrów

równoważności jako „nie gorszych”, „równoważnych”, czy „lepszych” od rozwiązań opisanych nie jest wystarczające, gdyż są to pojęcia nieostre, zwłaszcza, gdy cechy mają charakter mierzalny, dający się określić za pomocą szeregu wymiernych wartości.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego stwierdził, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w sprawie nie ma zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający, w toku badania i oceny ofert, zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty i po tych wyjaśnieniach oraz po uwzględnieniu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w zdaniu drugim stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, ofertę Odwołującego odrzucił.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego przetargu Zamawiający opisał wymagane przez siebie urządzenia zabawowe dla dzieci: wymiarami tych urządzeń; strefą bezpieczeństwa; wiekiem dzieci, dla których urządzenia mają być przeznaczone; materiałem, z którego mają być wykonane; a ponadto rysunkami pokazującymi, jakie funkcje posiadać mają wymagane urządzenia zabawowe.

Dodatkowo, w części III w punkcie 4.1 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że jeżeli wykonawcy zechcą zaoferować urządzenia zabawowe równoważne, to zobowiązani są podać w ofercie „nazwy (typy, rodzaje) i producentów ... oferowanych produktów ... przedłożyć odpowiednie dokumenty w języku polskim opisujące parametry techniczne oraz producenta, wymagane przepisami certyfikaty i inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne”. Zamawiający we wskazanym punkcie 4.1 zaznaczył także, że stosownie do treści art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych „wykonawca, który powoła się na rozwiązania równoważne ... jest zobowiązany wykazać, że zaproponowane przez niego ... urządzenia ... są równoważne”. Dalej natomiast, w części X „Opis sposobu przygotowania ofert”, w punkcie 3. napisał, że „ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta”... oraz niżej wymienione dokumenty: 3.3. wykaz ... urządzeń zamiennych (na druku własnym wykonawcy) wraz z dowodami w języku polskim potwierdzającymi ich równoważność do tych przyjętych przez Zamawiającego ... odpowiednio do opisu w Części III pkt 4.1 SIWZ”.

Porównując ofertę Odwołującego z powyższymi wymaganiami widać, że Odwołujący do swojej oferty załączył jedynie „Wykaz materiałów równoważnych”, ale nie załączył innych dokumentów pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane przez niego urządzenia zabawowe są równoważne tym, których oczekiwał Zamawiający.

Zamawiający zanalizował ofertę Odwołującego, w tym „Wykaz materiałów równoważnych”

i nie dowiedział się, co kryje się pod poszczególnymi pozycjami, a w szczególności pod pozycją 3. tego wykazu, oznaczoną kodem „WAR-328” produkcji firmy FreeKids.

Zamawiający próbował u producenta dowiedzieć się, co kryje się pod kodami wskazanymi

w ofercie Odwołującego, ale od firmy FreeKids uzyskał jedynie odpowiedź, że „Firma FreeKids nie brała udziału w przetargu w Bielsku-Białej”.

Zamawiający analizował również katalog ww. firmy dostępny na jej stronie internetowej www.freekids.pl, nie odnalazł tam jednak m.in. żadnego urządzenia o symbolu (kodzie) WAR-328. Ponadto Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, aby wyjaśnił, jak wyglądają urządzenia zabawowe wymienione w ofercie Odwołującego, bo ich wygląd jest podstawą do określenia właściwości użytkowych (funkcji) oferowanych przez Odwołującego urządzeń

i w przypadku zestawu zabawowego oznaczonego numerem III pozwala stwierdzić, czy powiązania funkcjonalne poszczególnych modułów zestawu oraz typ tych modułów odpowiada rozwiązaniom oczekiwanym przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na zadane pytania Odwołujący nadal nie przedstawił żadnych dokumentów przedstawiających wygląd zaoferowanych urządzeń, żadnych dokumentów opisujących ich parametry techniczne, żadnych dokumentów pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane urządzenia są rzeczywiście równoważne, żadnych fotografii, rysunków, wizualizacji, kart katalogowych, rysunków technicznych. Odwołujący, co do zestawu zabawowego oznaczonego kodem WAR-328 wskazał, z jakich elementów się on składa, nie wyjaśniając jednak, jak te elementy wyglądają, w tym nie określił rodzajów i wyglądu wejść/wyjść z przedmiotowego zestawu.

W tej sytuacji Zamawiający, biorąc pod uwagę m.in. stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2006/16, w którym Izba orzekła, że „na wykonawcy, który został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nie jest albowiem zasadne, aby zamawiający wielokrotnie, w zakresie tego samego elementu oferty, zwracał się do profesjonalisty o złożenie wyjaśnień. Interes wykonawcy powinien bowiem zaowocować takim opracowaniem wyjaśnień, aby zamawiający mógł w sposób jednoznaczny, po jednokrotnym wezwaniu, ustalić treść oferty wzywanego wykonawcy”, zaprzestał dalszej korespondencji z Odwołującym, ale we własnym zakresie, badając katalog firmy FreeKids (m.in. w celu ustalenia terminologii, jaką posługuje się ta firma) ustalił, że oferowany przez Odwołującego zestaw zabawowy nie posiada takich elementów jak zestaw referencyjny wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; nie posiada mianowicie m. in. tzw. „równoważni” i nie posiada tzw. „pomostu ruchomego” zabezpieczonego sztywną kładką. Szczegółowo Zamawiający opisał niezgodność oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ustalenia Zamawiającego przedstawione

w tym piśmie w pełni uzasadniają podstawy prawne i faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego czyniąc jego odwołanie bezzasadnym. Dalsza zaś korespondencja

z Odwołującym prowadziła do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści oferty,

a nie do wyjaśniania jej treści.

Już sam brak w ofercie Odwołującego dokumentów prezentujących jednoznacznie oferowane przez Odwołującego urządzenia zabawowe może być wystarczającym powodem do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jakichkolwiek dokumentów (projektów, schematów, kart technicznych/katalogowych, rysunków, wizualizacji) nie pozwala ustalić, co właściwie Odwołujący oferuje w swojej ofercie. Brak jakichkolwiek dokumentów przedstawiających (prezentujących) oferowane urządzenia zabawowe stanowi o istotnym braku w treści oferty i sprawia, że taka oferta jest niezgodna z częścią X „Opis sposobu przygotowania ofert”, punkt 3 w zw. z częścią III pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie stanowisko uzasadniałby m.in. wyrok KIO 40/18, w którym dokumenty potwierdzające równoważność uznano za treść oferty, a ich brak za niepodlegający uzupełnieniu.

Gdyby Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego, to nie wiadomo, co w ogóle by otrzymał, bo Odwołujący tego, co oferuje, nie określił. Zresztą nie określił tego nawet w odwołaniu. Nadal nie wiadomo, jak wygląda zestaw zabawowy o kodzie WAR-328. Odwołujący

w odwołaniu opisuje, co jego zdaniem zawiera, a czego nie zawiera „zestaw zabawowy WAR-328”, ale nadal nie przedstawia żadnego dokumentu, który ten zestaw jednoznacznie definiuje i jednocześnie przyznaje, że do tej pory nie przedstawił Zamawiającemu karty technicznej tego zestawu/urządzenia.

W odpowiedzi na zadane pytania Odwołujący nadal nie przedstawił żadnych dokumentów przedstawiających wygląd zaoferowanych urządzeń, żadnych dokumentów opisujących ich parametry techniczne, żadnych dokumentów pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane urządzenia są rzeczywiście równoważne, żadnych fotografii, rysunków, wizualizacji, kart katalogowych, rysunków technicznych. Odwołujący wskazał, z jakich elementów zestaw oznaczony kodem WAR-328 się składa nie wyjaśniając jednak, jak te elementy wyglądają, w tym nie określił rodzajów i wyglądu wejść/wyjść z przedmiotowego zestawu.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2006/16 „na wykonawcy, który został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nie jest albowiem zasadne, aby zamawiający wielokrotnie, w zakresie tego samego elementu oferty, zwracał się do profesjonalisty o złożenie wyjaśnień.

Interes wykonawcy powinien

bowiem zaowocować takim opracowaniem wyjaśnień, aby zamawiający mógł w sposób jednoznaczny, po jednokrotnym wezwaniu, ustalić treść oferty wzywanego wykonawcy”, zatem Zamawiający zaprzestał dalszej korespondencji

z Odwołującym, ale we własnym zakresie, badając katalog firmy FreeKids (m.in. w celu ustalenia terminologii, jaką posługuje się ta firma) ustalił, że oferowany przez Odwołującego zestaw zabawowy nie posiada takich elementów jak zestaw referencyjny wskazany

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; nie posiada mianowicie m. in. tzw. „równoważni” i nie posiada tzw. „pomostu ruchomego” zabezpieczonego sztywną kładką.

Odwołujący w swoim odwołaniu przyznał, że w „karcie technicznej urządzenia” producenta FreeKids nie ma elementu „pomost równoważnia” czy „równoważnia”, który jest w zestawie bazowym (referencyjnym) przedstawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; przyznał więc, że jego oferta nie jest zgodna ze specyfikacją.

Nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego, jakoby Zamawiający zmienił sposób oceny rozwiązań równoważnych. Zamawiający rysunkami określił, czego oczekuje i wskazał,

w jakim zakresie zaoferowane ewentualne urządzenia równoważne mogą się różnić od opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie zakwestionował parametrów dotyczących wymiarów urządzeń

zabawowych, bowiem w tym zakresie dopuścił określone różnice; jednak nie dopuścił różnic w zakresie funkcji spełnianych przez urządzenia zabawowe, a funkcje te opisane są rysunkami (wizualizacją) zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (część III – Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 12 – dokumentacja projektowa).

W wyroku KIO 1760/15 stwierdzono, że „zaoferowane urządzenia nie muszą być dokładnie takie jak na rysunkach. W ocenie Izby oznaczało to, że mogą się one różnić wizualnie od tych, które zostały przedstawione na zdjęciach, jednakże muszą mieć podstawowe cechy pozwalające na określenie ich kształtu i funkcji, jakie mają spełnić (...) zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Jeżeli potrzebą zamawiającego było zamówienia bujaka

o kształcie konika, zaoferowanie urządzenia o kształcie samolotu nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i nie mieści się w pojęciu „równoważności” w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p.”

W sytuacji, w której Odwołujący, wzywany do wyjaśnienia treści swojej oferty, nie uczynił zadość temu wezwaniu, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest jak najbardziej zasadna, a odwołanie winno zostać oddalone.

Zamawiający nie użył do opisu przedmiotu zamówienia żadnych znaków towarowych.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty i wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż spór pomiędzy Stronami dotyczy zestawu zabawowego nr III.

W opisie przedmiotu zamówienia przedmiotowy zestaw zabawowy został opisany za pomocą szerokości, długości, wysokości, wysokości swobodnego upadku, strefy bezpieczeństwa, materiału wykonania, wieku (2+), a także rysunku technicznego (rzut z góry) i rysunku poglądowego przedstawiającego obiekt, oznaczonego jako „propozycja” ze wskazaniem „lub równoważny”.

W przywoływanej przez Stronę części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 4.1 Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„4.1. Materiały i rozwiązania równoważne

a) Opisane w dokumentacji przetargowej (SIWZ i jej załącznikach) materiały i urządzenia są standardem oczekiwanym przez Zamawiającego.

Zamawiający wymaga zastosowania materiałów, urządzeń lub rozwiązań technicznych

o parametrach równoważnych lub wyższych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca, który powoła się na rozwiązania równoważne z opisanymi przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że zaproponowane przez niego materiały i/lub urządzenia spełniają (są równoważne) wymagania określone przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie nazwy (typy, rodzaje) i producentów przyjętych do wyceny

i zastosowania przy realizacji zamówienia oferowanych produktów i/lub systemów oraz przedłożyć odpowiednie dokumenty (w języku polskim) opisujące parametry techniczne oraz producenta, wymagane przepisami certyfikaty i inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne. Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ.

W przypadku niewskazania przez Wykonawcę w ofercie rozwiązania równoważnego Zamawiający uzna, iż Wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia zgodnie

z rozwiązaniami wskazanymi w SIWZ i jej załącznikach.

b) Zamawiający dopuszcza zastosowanie w realizacji zamówienia urządzenia o wymiarach (długość, szerokość, wysokość urządzenia) mniejszych maksymalnie o 5% lub większych maksymalnie o 5% niż wskazane w dokumentacji projektowej, z zastrzeżeniem, że

w przypadku urządzeń zabawowych należy zachować odpowiednie strefy bezpieczeństwa, zgodne z obowiązującymi przepisami i dokumentacją projektową (jeżeli strefa bezpieczeństwa będzie większa i nie będzie mieściła się w projektowanym placu zabaw, to urządzenie równoważne zostanie uznane za niezgodne z wymaganiami

Zamawiającego).

c) Karty urządzeń i materiałów załączone do SIWZ stanowią wyłącznie materiał poglądowy, dla określenia minimalnych parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

d) Zastosowane materiały i urządzenia winny być dopuszczone do obrotu i stosowania w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

e) Na każde żądanie Zamawiającego, w tym przed rozpoczęciem stosowania materiałów

i urządzeń przewidzianych do zastosowania przy realizacji niniejszego zamówienia, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu dokumenty potwierdzające ich dopuszczenie do obrotu i stosowania w budownictwie."

W części X specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania ofert” Zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz niżej wymienione dokumenty:

„3.1 Kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o niniejszą SIWZ wraz z załącznikami obejmujące wycenę poszczególnych elementów zamówienia z cenami jednostkowymi

i wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk itp.) i cenę ogółem oraz zestawienie kosztorysów (w przypadku gdy jest więcej niż jeden kosztorys). (...)

3.2 Wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom z podaniem firm podwykonawców (w przypadku realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców).

3.3 Wykaz materiałów i/lub urządzeń zamiennych (na druku własnym Wykonawcy) wraz

z dowodami w języku polskim potwierdzającymi ich równoważność do tych przyjętych przez Zamawiającego – w przypadku zastosowania materiałów i/lub urządzeń zamiennych (równoważnych) – odpowiednio do opisu w Części III pkt 4 ppkt 4.1 nin. SIWZ.

Wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie nazwy (typy, rodzaje) i producentów przyjętych do wyceny i do zastosowania przy realizacji zamówienia (tj. oferowanych) urządzeń i/lub nazwy przyjętych systemów."

W ofercie Odwołujący zawarł jedynie tabelę „Wykaz materiałów równoważnych”, w której podał numer urządzenia, szerokość, długość, wysokość, wysokość swobodnego upadku, wymiary strefy bezpieczeństwa, kod urządzenia (dla zestawu nr III – „WAR-328”), materiał, zgodność z normą PN-EN 1176 oraz dostawcę (Freekids).

Powyższe dane dotyczą także zestawu zabawowego nr III.

W trakcie badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującego, w oparciu o art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że: „1. Należy wyjaśnić, jak wyglądają urządzenia zabawowe wymienione w ofercie

i wskazane w zestawieniu. Wygląd urządzenia jest podstawą do określenia właściwości użytkowych urządzeń zaproponowanych przez oferenta. Pozwala określić, czy dane urządzenie odpowiada tematyce przewodniej projektowanego placu zabaw, a w przypadku zestawu zabawowego pozwala stwierdzić czy powiązanie funkcjonalne poszczególnych modułów zestawu oraz typ tych modułów odpowiadają rozwiązaniom oczekiwanym przez Zamawiającego.

2. Należy wyjaśnić dla jakich grup wiekowych przeznaczone są oferowane urządzenia zabawowe. Żądane informacje służą do potwierdzenia równoważności w zakresie docelowej grupy wiekowej, dla której przeznaczone jest dane urządzenie."

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wskazał, że:

„1. wszystkie urządzenia pojedyncze tj. urządzenia o nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, i 9 mają zachowaną kolorystykę urządzeń referencyjnych przedstawionych na wizualizacjach w dokumentacji przetargowej. Jednocześnie wszystkie urządzenia, przy których Zamawiający doprecyzował tematykę urządzeń poprzez dodanie sformułowania „ślimak”, „żaba” itp. zachowują tę tematykę tj. każde urządzenie zachowuje wskazany przez zamawiającego motyw tematyczny wobec powyższego plac zabaw, oferowane urządzenia pozwalają na zachowanie „projektowanej tematyki przewodniej”.

W odniesieniu do zestawu zabawowego oferowane urządzenie jest wykonane w kolorystyce brązowo-szaro-zielonej. Zestaw zabawowy zachowuje ogólny schemat zestawu przedstawiony na wizualizacji zestawu referencyjnego z dokumentacji przetargowej. Zestaw zabawowy posiada (od lewej strony) podest ze zjeżdżalnią oraz wejściem linowym, z którego za pomocą trapu linowego można przejść na kolejny podest z wejściem oraz wejściem na pomost linowy, który z drugiej strony połączony jest pomostem z wejściami oraz przejściem tubowym prowadzącym do podestu ze zjeżdżalnią. Zestaw został uzupełniony o liczne panele edukacyjne i panele z gramami. W zestawie zostały zastosowane zjeżdżalnie oraz podesty o różnej wysokości.

2. Grupy wiekowe zaoferowanych równoważnych urządzeń zabawowych są zgodne

z grupami wiekowymi urządzeń referencyjnych wskazanych w treści siwz i są następujące: urządzenie nr I (twister 12) – 2+, urządzenie nr II (FLXHWS3) – 6+, urządzenie nr III (WAR-328) – 2+, urządzenie nr IV (PSK-23) – 1+, urządzenie nr (PSKS13) – 1+, urządzenie nr VI (BUJ-ŁS) – 2+, urządzenie nr VII (HW-BG5M) – 4+ urządzenie nr IX (BUJ-ŚL) – 3-6."

Finalnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że w trakcie postępowania wezwano wykonawcę, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty celem określenia faktycznej równoważności proponowanych urządzeń zamiennych. Po analizie wyjaśnień stwierdzono, że wykonawca nie udowodnił równoważności proponowanego zestawu zabawowego.

1. Wyjaśnienia okazały się niewystarczające w następujących kwestiach:

a. Wykonawca nie udowodnił, że w proponowanym zestawie zabawowym znajdują się elementy dostępne nawiązujące do rozwiązań projektowych. W zestawie zabawowym jest kilka wejść różnego typu (wejście linowe ze sztywnymi poręczami, wejście linowe bez poręczy, schody), a Wykonawca ograniczył się do określenia typu tylko jednego wejścia pozostawiając pozostałe bez opisu.

b. Wykonawca nie udowodnił, że przejście tubowe w proponowanym zestawie zabawowym jest w górnej części przezroczyste ograniczając się tylko do określenia „przejściem tubowym”.

Typ wejścia na zestaw zabawowy jest jego istotnym elementem, a świadczy o tym choćby różnorodność możliwych typów wejść (mogą one np. ułatwiać lub utrudniać dostęp do danego modułu zabawowego stopniując poziom trudności w różnych częściach zestawu). Natomiast przejście tubowe wykonane jako półprzezroczyste jest istotne dla osób opiekujących się dziećmi – w przezroczystej tubie widać, że dziecko znajduje się w środku, co zwiększa poziom bezpieczeństwa.

2. Wyjaśnienia wykazały niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie podlegają poprawie w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

a. Pierwsze przejście (od strony lewej – zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy) między podestami zostało określone jako „trap linowy”, co po analizie kart katalogowych producenta Freekids wskazuje na element będący rodzajem kładki z desek – natomiast przejście widoczne w zestawie bazowym z projektu mogłoby być uznane za równoważne z elementami „pomost równoważnia” lub „równoważnia” z karty katalogowej Freekids.

b. Ostatnie przejście (od strony lewej – zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy) określone jest jako „pomost linowy”, co w karcie katalogowej Freekids widoczne jest jako przejście z siatką linową jako podparcie dla nóg – w zestawie bazowym z projektu jest to kładka sztywna (pochylona) z ruchomymi deskami zawieszonymi ponad nią na linach, która ma swój odpowiednik w karcie katalogowej Freekids opisywany jako „pomost ruchomy” (jednak bez sztywnej kładki zabezpieczającej).

Wykonawca mając możliwość wyjaśnienia treści złożonej oferty powinien dolożyć należytej staranności, żeby rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, bo to po jego stronie ciąży obowiązek udowodnienia równoważności. Konsekwencje złożenia wyjaśnień niejasnych, niespójnych, czy też nie odpowiadających na pytania Zamawiającego obciążają wykonawcę. Proponując równoważny zestaw zabawowy wykonawca powinien sprawdzić, czy jego poszczególne moduły spełniają przeznaczone im funkcje. Skoro w przypadku zaoferowania, przykładowo, karuzeli zamiast bujaka jasnym jest, że nie są to urządzenia równoważne, nie można uznać że zaoferowany „trap linowy” spełni rolę równoważni, a „pomost linowy” spełni rolę pomostu ruchomego, gdyż są to moduły o różnych funkcjach zabawowych.

Biorąc pod uwagę powyższe nie można uznać, że opisywane przez Wykonawcę elementy zestawu zabawowego są równoważne w stosunku do oczekiwań Zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, tj. sytuacji, kiedy w ofercie istnieje nadająca się do poprawienia omyłka, niebędąca oczywistą omyłką pisarską ani oczywistą omyłką rachunkową lub jej konsekwencją, polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (poprawienie omyłki nie dotyczy niniejszego stanu faktycznego).

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako do podstawy odrzucenia, odnosi się do treści oferty, czyli jej zawartości „merytorycznej”, a nie aspektów technicznych czy formalnych jej przygotowania.

Pojęcie „merytorycznej” zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma dwa znaczenia: po pierwsze, odnosi się do tego, czy oferowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, po drugie, czy oferta jako samo oświadczenie woli jest zgodna z takimi wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. czy zawiera wszystkie wymagane oświadczenia i informacje, zapewnienia, informacje o sposobie spełnienia świadczenia itd., a także dokumenty „przedmiotowe” (odnoszące się do przedmiotu zamówienia), których oczekiwał zamawiający dla kompletności oświadczenia wykonawcy.

W aspekcie pierwszym – po zapoznaniu się podczas rozprawy z przedstawionymi przez Odwołującego rysunkiem zestawu zabawowego oznaczonego jako WAR-328 oraz jego rzutem z góry – w ocenie Izby – można uznać, że

oferowany zestaw jest zgodny

z wymaganiami Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Zestaw ten przypomina zestaw zaproponowany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako przykładowy. Oczywiście jest, że zestawy te nie są identyczne, lecz podobne, ale nie stanowi to wady oferty, gdyż, po pierwsze, Zamawiający nie żądał produktu identycznego z rysunkiem, a po drugie – to na podobieństwie, a nie identyczności produktów opiera się równoważność, same zaś produkty nie mogą być identyczne, jeśli są przedmiotami objętymi prawami autorskimi, patentami, znakami towarowymi itp.

Należy też podkreślić, że Zamawiający nie opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia minimum równoważności, tj. jakie elementy w zestawie koniecznie muszą się znajdować i jakie mają mieć one cechy, tzn. że tuba/tunel musi być całkowicie lub częściowo przezroczysty, ma się znajdować określona liczba kładek, trapów, równoważni itp. elementów, lub też, że nie mogą być one zastąpione przez inne elementy o podobnej funkcji. Tym samym „wady” w zestawieniu modułów zestawu, na które powołał się Zamawiający, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Jednak jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał także fakt, że Odwołujący nie opisał w ofercie ani w późniejszych wyjaśnieniach, o które został poproszony w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferowanego zestawu nr III, przez co Zamawiający nie był w stanie dokonać oceny oferty pod kątem jej zgodności

z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niewątpliwie, aby można było dokonać sprawdzenia, czy to, co zaoferowano, jest zgodne

z wymaganiami zamawiającego, przede wszystkim musi być wiadome, co konkretnie zostało zaoferowane, a zatem wykonawca powinien określić to w ofercie. Pomocniczo celowi temu służy również instytucja wyjaśnienia treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że 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 artykułu 87 (tj. poprawiania ww. omyłek), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jest to więc instytucja stworzona na korzyść zarówno wykonawców, jak i zamawiających, aby ograniczać zbędne odrzucanie ofert w sytuacjach, kiedy mogą one finalnie okazać się zgodne z postawionymi wymaganiami. Nie może być jednak nadużywana, aby nie stwarzać sytuacji prowadzącej do nadmiernego faworyzowania danego oferenta – czy też nawet pozoru takiego faworyzowania – poprzez zezwolenie mu na budowanie oferty po terminie jej złożenia. Dlatego Zamawiający, słusznie, nie zdecydował się na drugie wezwanie będące wezwaniem do wyjaśnienia tych samych okoliczności, co za pierwszym razem.

W przywołanym punkcie 4.1 części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który powoła się na rozwiązania równoważne z opisanymi przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że zaproponowane przez niego materiały i/lub urządzenia spełniają (są równoważne) wymagania określone przez Zamawiającego. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie nazwy (typy, rodzaje)

i producentów przyjętych do wyceny i zastosowania przy realizacji zamówienia oferowanych produktów i/lub systemów oraz przedłożyć odpowiednie dokumenty (w języku polskim) opisujące parametry techniczne oraz producenta, wymagane przepisami certyfikaty i inne dokumenty, pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne.

Art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego odniósł się Zamawiający, stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Jest on w zasadzie kontynuacją przepisu art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2

i ust. 3 art. 30, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, a nie odnosi się bezpośrednio do art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych również dotyczącego rozwiązań równoważnych, jednak w praktyce jest przyjmowany do obu tych regulacji, jeśli zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że dany wykonawca powinien rozwiązania równoważne w ofercie opisać.

Dodatkowo w rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym opis sposobu przygotowania oferty, podpunkcie 3.3 Zamawiający wskazał, że część oferty ma stanowić wykaz materiałów i/lub urządzeń zamiennych (sporządzony na druku własnym wykonawcy) wraz z dowodami w języku polskim, potwierdzającymi ich równoważność do przyjętych przez Zamawiającego – w przypadku zastosowania materiałów i/lub urządzeń zamiennych

(równoważnych) – odpowiednio do opisu w części III pkt 4 ppkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca zobowiązany był podać w ofercie nazwy (typy, rodzaje) i producentów przyjętych do wyceny i do zastosowania przy realizacji zamówienia (tj. oferowanych) urządzeń i/lub nazwy przyjętych systemów.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał producentów i nazwy / symbole oferowanych urządzeń zabawowych wraz z ich podstawowymi parametrami, które wymienił Zamawiający w części opisowej zabawek. Jednak w zakresie zestawu nr III pojawił się problem, ponieważ Zamawiający nie był w stanie samodzielnie zidentyfikować zaoferowanego urządzenia WAR-328 – jego opisu nie znalazł ani w ofercie, ani w materiałach udostępnionych przez producenta na stronie internetowej, ani informacji takiej nie udzielił mu producent pomimo bezpośredniego zapytania do niego skierowanego.

Co więcej – takiej informacji nie udzielił mu również Odwołujący, mimo wezwania go do wyjaśnień. Przedstawiony przez Odwołującego w ramach wyjaśnień opis, również w ocenie Izby jest daleko niewystarczający, by na jego podstawie Zamawiający był w stanie zidentyfikować i zwizualizować urządzenie, które zostało mu zaoferowane – zwłaszcza wobec braku możliwości identyfikacji zestawu z podanym symbolem. Ma więc rację Zamawiający wskazując, że Odwołujący ani do oferty, ani – co więcej – w ramach wyjaśnień, do których został specjalnie wezwany, nie przedstawił żadnych dokumentów pozwalających Zamawiającemu stwierdzić na etapie badania ofert, że oferowane przez niego urządzenie zabawowe jest równoważne wskazanemu przez Zamawiającego. Rzeczywiście, „wygląd”, czyli kompozycja elementów urządzeń zabawowych tego typu ma zasadnicze znaczenie dla ich atrakcyjności i funkcjonalności. Należy się zgodzić z Zamawiającym, że brak jakichkolwiek dokumentów (projektów, schematów, kart technicznych/katalogowych, rysunków, wizualizacji) nie pozwolił ustalić, co Odwołujący oferuje w swojej ofercie – zwłaszcza wobec braku możliwości odnalezienia urządzenia o wskazanym symbolu

„WAR-328”. Jest to istotny brak treści oferty mogący stanowić podstawę do jej odrzucenia wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ma też rację Odwołujący, że Zamawiający nie powinien sam poszukiwać informacji

o przedmiocie, który został mu zaoferowany – jednak nie w znaczeniu zakazu weryfikacji prawidłowości złożonej oferty czy zaoferowanego przedmiotu, lecz tego, że nie może być on zmuszany do samodzielnego ustalania, co zostało mu zaoferowane. Informację taką powinien bowiem uzyskać bezpośrednio od wykonawcy – a już zwłaszcza w sytuacji, gdy się o to wykonawcy bezpośrednio zapytał. W swoim wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że „należy wyjaśnić, jak wyglądają urządzenia zabawowe wymienione w ofercie

i wskazane w zestawieniu” dodając, że „wygląd urządzenia jest podstawą do określenia właściwości użytkowych urządzeń zaproponowanych przez oferenta” oraz „pozwala stwierdzić czy powiązanie funkcjonalne poszczególnych modułów zestawu oraz typ tych modułów odpowiadają rozwiązaniom oczekiwanym przez Zamawiającego”.

W ocenie Izby z powyższego wezwania wynika ewidentnie, że wykonawca miał przedstawić Zamawiającemu „wygląd” zestawu, czego trudno dokonać bez schematu, rysunku, zdjęcia lub tym podobnej wizualizacji. Samym opisem słownym trudno oddać prawidłowy wygląd, tym bardziej, że opis przedstawiany przez Odwołującego był dość lakoniczny.

Swoim wezwaniem Zamawiający pozostawił Odwołującemu pewną swobodę co do sposobu przedstawienia owego wyglądu (wizualizacji) urządzenia, jednak nie ma wątpliwości – gdyż wynika to z samej istoty wyjaśnień – że wykonawca, w swoim własnym interesie, powinien tak je sporządzić, by rzeczywiście dawały Zamawiającemu konkretne oczekiwane informacje. Odwołujący zaś tego nie zrobił. Przy czym właściwy czas na to miał miejsce – jeśli nie w chwili składania ofert – to w chwili ich badania przez Zamawiającego, czyli wezwania do wyjaśnień. Precyzowanie przedmiotu oferty na etapie postępowania odwoławczego jest spóźnione, gdyż odbyło się już po dokonaniu przez Zamawiającego badania oferty. Postępowanie odwoławcze ma zaś charakter kontrolny i naprawczy w stosunku do czynności zamawiających, a nie ma ich zastępować.

W związku z powyższym Izba uznała, że oferta – wraz z późniejszymi wyjaśnieniami jej treści – nie spełniła wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie merytorycznym i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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), uwzględniając wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocników Zamawiającego w kwocie 984 złotych.

Przewodniczący:.....