Sygn. akt KIO 1790/21

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021r. **przez odwołującego**: SKO-BUD2 Spółka z o.o. Spółka komandytowa ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków

w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego**: Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

przy udziale przystępującego: FLORA Sp. z o.o., Sp. komandytowa ul. Siwka 40, 31- 588 Kraków**po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego SKO-BUD2 Spółka z o.o. Spółka komandytowa ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześć złotych zero groszy) na rzecz odwołującego SKO-BUD2 Spółka z o.o. Spółka komandytowa ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

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

Przewodniczący: ……..

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami, o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, którego dotyczy wniesione odwołanie, dotyczy wyłonienia wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych i nasadzeń zieleni związanych z modernizacją placu zabaw przy ul. Opolskiej i Jaremy, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie (numer wewnętrzny postępowania: NP.26.2.18.21.JC1.)

Nr ogłoszenia w BZP: 2021/BZP 00025385/01 z dnia 2021-03-30

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu SKO-BUD2 Spółka z o.o., Spółka Komandytowa w oparciu o załączony odpis z KRS, na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dziennik Ustaw z 2019r., poz. 2019 z późn, zm., dalej w skrócie Pzp lub ustawa Pzp), niniejszym wniesiono odwołanie od:

1) naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,

2) niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania jako niezgodnej z SWZ;

3) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w oparciu o art. 239 ust. 1 w zw. z art 16 ustawy Pzp, do której był zobowiązany, w postaci wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

4) niezgodnej z art.107 ust.4 ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na nie wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonych kart katalogowych

II. Opierając się na przedstawionych zarzutach wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert;

3) nakazanieZamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

III. W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

a) oferty Odwołującego wraz z załącznikami,

b) z pism Odwołującego stanowiących uzupełnienie oferty złożonych na wezwanie Zamawiającego

- na okoliczność potwierdzenia, że ofertowany przedmiot jest zgodny z wymaganymi SWZ.

IV.Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

V.Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czynności Zamawiającego pozbawiły Odwołującego możliwości realizacji zamówienia. Oferta Odwołującego posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów. Odwołujący poniósł szkodę w postaci pozbawienia go możliwości realizacji zamówienia.

VI.Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 08.6.2021 r., na podstawie zawiadomienia Zamawiającego o wyniku postępowania. W związku z powyższym termin do wniesienia niniejszego odwołania pozostaje zachowany. Kopia niniejszego odwołania została Zamawiającemu przesłana w dniu 14.06.2021r.(poniedziałek).

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest Wyłonienie Wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych i nasadzeń zieleni związanych z modernizacją placu zabaw przy ul. Opolskiej i Jaremy; dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotą 974.708,87 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 30.03.2021 r.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19.04.2021 r.

Zamawiający pismem z dnia 05.05.2021r. wezwał Odwołującego do „wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które umożliwią dokonanie oceny spełnienia wymagań określonych w treści SWZ, stosownie do aspektów opisanych w poniższych punktach, tj.:

1) karuzela integracyjna - brak określonej kolorystyki,

2) jednoosobowa karuzela - brak opisu sposobu montażu,

3) podwieszony rowerek - brak określonej kolorystyki, brak możliwości -odczytania wymiarów-karta nieczytelna,

4) linarium — brak ścianki wspinaczkowej, brak metalowego elementu w kształcie śruby; mniejsza liczba lin do wspinaczki niż w urządzeniu z projektu, brak opisu sposobu montażu, karta nieczytelna,

5) huśtawka „bocianie gniazdo" - brak opisu sposobu montażu,

7) huśtawka lina - brak opisu sposobu montażu;

8) drążek do przewrotów - brak opisu sposobu montażu; brak określonej kolorystyki,

9) tyrolka - karta nieczytelna,

10) słupki do przeskoków - karta nieczytelna"

Odwołujący w zakreślonym terminie, tj. w dniu 11.05.2021 r. przesłał komplet żądanych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego o czym Odwołujący został poinformowany w dniu 8.06.2021 r. w ślad za przesłanym przez Zamawiającego zawiadomieniem o wyniku postępowania. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w piśmie, podstawą odrzucenia była niezgodność oferty z SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia wskazano; „Wykonawca 11 maja 2021r. złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Analiza złożonych dokumentów (kart katalogowych) wykazała, iż zaoferowane urządzenia i elementy małej architektury nie spełniają warunków i wymagań określonych w treści SWZ, gdyż posiadają następujące niezgodności;

1)karuzela integracyjna - brak określonej kolorystyki,

2)jednoosobowa karuzela - brak opisu sposobu montażu,

3)linarium - brak ścianki wspinaczkowej, brak opisu sposobu montażu do podłoża,

4) huśtawka „bocianie gniazdo" - brak opisu sposobu montażu do podłoża,

5) huśtawka lina - brak opisu sposobu montażu do podłoża,

6) drążek do przewrotów - brak opisu sposobu montażu do podłoża, brak określonej kolorystyki."

Na wstępie Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający uchybił przepisowi art. 253 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niejasne i nie daje Odwołującemu wiedzy o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SWZ pozostaje niezgodny. Zamawiający w sposób bardzo oględny (w kilku słowach) wskazał co w zakresie poszczególnych oferowanych przez Odwołującego urządzeń jest niezgodne z SWZ. Zabrakło natomiast wskazania w zakresie jakich zapisów SWZ ta niezgodność może mieć miejsce, Jak również których fragmentów oferty dany zarzut dotyczy. Powyższa sytuacja nie daje Odwołującemu żadnej możliwości weryfikacji zastosowanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty. Mając powyższe na uwadze, tego rodzaju praktyka Zamawiającego i nie daje się pogodzić z zasadą budowania zaufania wykonawców do zamawiającego. Uzasadnienie

faktyczne odrzucenia oferty nie może zostać uznane za wyczerpujące, bowiem ogranicza się jedynie do ogólnego zakreślenia przez Zamawiającego obszaru niezgodności oferty Odwołującego z treścią SWZ bez odwołania się do konkretnych jej zapisów, jak również bez wskazania jakich konkretnie zapisów oferty dany zarzut dotyczy. Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.10.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2174/10: „W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny."

Z uwagi na niejasne uzasadnienie zaskarżonej czynności odrzucenia oferty, Odwołującemu pozostaje tylko domyślać się, o jakie niezgodności jego oferty z SWZ chodzi. Z tym zastrzeżeniem, Odwołujący podnosi, że wszystkie zarzuty Zamawiającego należy uznać za bezpodstawne, bowiem nie znajdują one potwierdzenia w przesłanych przez Odwołującego Zamawiającemu przedmiotowych środkach dowodowych. Odnosząc się więc według swojej najlepszej wiedzy do poszczególnych twierdzeń Zamawiającego, należy wyjaśnić, iż:

1) karuzela integracyjna - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił kartę produktu i wyraźnie wskazał na pierwszej stronie, że zastosuje kolory RAL 6027 i RAL 7046. kolory te są zgodne z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo kolorystyka jest widoczna na wizualizacji i została potwierdzona emailem producenta firmy TERMA Sp. o.o., w którym producent oświadcza, że zastosuje kolory RAL 6027 i RAL 7046 oraz że płyta HDPE będzie w kolorze grafitowym;

Dodatkowo, należy podnieść, iż Zamawiający nie wymagał aby składane wraz z ofertą rysunki urządzeń odzwierciedlały ich stan rzeczywisty. Mianowicie, okoliczność tę Zamawiający potwierdził w zamieszczonych pismem z dnia 14 kwietnia 2021 r. odpowiedziach na zadawane przez Wykonawców pytania. Ma zadane pytanie nr 9:

„Pytanie nr 9:

Ponieważ istnieje rozbieżność w kolorach podanych w opisie (pierścień zabezpieczający czarny) a na rysunku jest bordowy - trampolina integracyjna, uprzejmie prosimy Zamawiającego o odpowiedź czy dopuści wykonanie pierścienia trampoliny jak na rysunku w kolorze bordo?"

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Odpowiedź nr 9:

Zamawiający informuje, iż Wykonawcy powinni kierować się opisami do załączonych zdjęć. Jednocześnie zaznacza iż rysunki, pod względem kolorystyki, nie muszą odzwierciedlać rzeczywistości. Zamawiający, nie wyraża zgody na zmianę koloru na bordowy."

2)jednoosobowa karuzela - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił kartę, produktu Spinner Bowl (jednoosobowa karuzela). Na pierwszej stronie kraty produktu Odwołujący wyraźnie określił sposób fundamentowania:

„Przedłużony element do zabetonowania

fundament 40x40x80 cm -100 cm poniżej poziomu gruntu".

Należy podkreślić, iż wskazany wyżej sposób fundamentowania jest identyczny z wymogami określonymi przez Zamawiającego w stanowiącym załącznik do SWZ Projekcie Wykonawczym. Mianowicie, na str. 19 przedmiotowego Projektu określono: „Fundamentowanie

Przedłużony element do zabetonowania

fundament 40x40x80 cm -100 cm poniżej poziomu gruntu"

3)linarium - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił kartę produktu, w której wyraźnie wskazane jest posadowienie: „Przykręcenie do płyty żelbetowej 999,5 x 988 cm, gr. 30 cm beton C25/30 wg części rysunkowej".

Wskazany sposób posadowienia linarium jest identyczny z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym (na str. 20):

„Posadowienie:

Przykręcenie do płyty żelbetowej 999.5 x 988 cm. ar. 30 cm beton C25/30 wg części rysunkowej." Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił rzut i przekrój płyty fundamentowej.

Dodatkowo, w przedłożonej przez Odwołującego karcie katalogowej linarium zamieszczono oświadczenie producenta, w którym producent zapewnił, że: „oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej tolerancji +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji. Ponadto urządzenie równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ."

Drugim zarzutem Zamawiającego w zakresie linarium, jest podnoszony „brak ścianki wspinaczkowej". Zarzut ten również należy uznać za chybiony. Odwołujący podnosi, iż na przedłożonej przez niego wizualizacji urządzenia wspomniana ścianka wspinaczkowa została uwzględniona i naniesiona, jednakże zaprezentowana przez Odwołującego wizualizacja urządzenia jest pod takim kątem, iż nie pozwala na jej zaobserwowanie. Przedmiotowa ścianka wspinaczkowa znajduje się po przekątnej i jest przytwierdzona do słupka podtrzymującego konstrukcję, zatem słupek ten ją zasłania.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie wymagał aby Wykonawca przedłożył wizualizację linarium w kilku rzutach, które prezentowałyby urządzenie pod wieloma kątami. Pozostałe urządzenia objęte ofertą były prezentowane przez Odwołującego tylko pod jednym kątem, co Zamawiający zaakceptował. Trudno zatem oczekiwać, by linarium stanowiło wyjątek i winno być przez Wykonawców zwizualizowane w kilku rzutach, chociaż zapisy SWZ tego nie wymagały.

Jak już wspomniano, Odwołujący przewidział w urządzeniu ściankę wspinaczkową, o czym świadczy również sam

zapis na przedłożonej przez niego karcie katalogowej. Mianowicie, Odwołujący na karcie katalogowej precyzyjnie opisał ściankę wspinaczkową, która jest zgodna w wymaganiami Zamawiającego zamieszczając następujący zapis: „Ścianki wspinaczkowe gr. 19 mm z EcoCore".

Dodatkowo, należy podnieść, iż Zamawiający w specyfikacji nie wskazał stopnia precyzyjności, jaki winny zawierać karty katalogowe, wizualizacje lub inne dokumenty dotyczące oferowanych urządzeń zabawowych.

Zamawiający wskazał natomiast w SWZ, że należy złożyć: „foldery lub karty katalogowe lub karty produktowe lub karty charakterystyki lub karty materiałowe lub oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp. wraz z kolorowymi zdjęciami lub rysunkami potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia, w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie) urządzeń i elementów, tj. karuzela integracyjna, trampolina, jednoosobowa karuzela, podwieszony rowerek, linarium, huśtawka „bocianie gniazdo", huśtawka lina, drążek do przewrotów, tyrolka, słupki do przeskoków, ławko-huśtawka, ławka typ 1 i 2 oraz piłkochwyt, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp,), wraz z jednoznacznym podaniem marki/typu/modelu/symbolu itp. i producenta/ów pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanych poszczególnych urządzeń i elementów

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podnosi, iż nie można sankcjonować Wykonawców za to, iż w odpowiedzi na tak ogólnie sformułowane wymogi złożyli karty katalogowe urządzeń przygotowane z należytą starannością zgodnie ze swoim najlepszym rozumieniem zagadnienia dokonanym w dobrej wierze.

Dla uniknięcia jakichkolwiek niejasności co do oferowanych przez siebie urządzeń Odwołujący w karcie katalogowej dotyczącej linarium zawarł zapewnienie o tym, iż „oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej tolerancji +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji. Ponadto urządzenie równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ."

Reasumując, Odwołujący w przedłożonej przez siebie karcie katalogowej linarium wraz z jego wizualizacją zawarł również ściankę wspinaczkową, jak również wszystkie pozostałe, wymagane przez Zamawiającego funkcje urządzenia, tym samym oferta jest zgodna z SWZ.

4)huśtawka „bocianie gniazdo" - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił kartę produktu w której wyraźnie wskazane jest posadowienie: Przedłużony element do. zabetonowania w fundamencie 60x60 x 15 cm (3x) -102 cm poniżej poziomu gruntu". Wskazany sposób posadowienia huśtawki jest identyczny z wymogami wskazanymi przez Zamawiającego w Projekcie Wykonawczym (na str. 20):

Posadowienie:

Przedłużony element do zabetonowania w fundamencie 60x60 x 15 cm (3x) -102 cm poniżej poziomu gruntu"

Dodatkowo, w przedłożonej przez Odwołującego karcie katalogowej urządzenia „bocianie gniazdo" zamieszczono oświadczenie producenta, w którym producent zapewnił, że: „oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej tolerancji +/" 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji. Ponadto urządzenie- równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ."

5)huśtawka lina - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił kartę katalogową w której wyraźnie zaznaczył posadowienie: Przedłużony element do zabetonowania w fundamencie

60x60 x 60 cm (4xj -100 cm poniżej gruntu 40x40x40 cm (4xj -100 cm poniżej gruntu"

Wskazany sposób posadowienia jest całkowicie zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Projekcie Wykonawczym na str. 21:

Posadowienie:

Przedłużony element do zabetonowania w fundamencie 60x60 x 60 cm (4x) -100 cm poniżej gruntu 40x40x40 cm (4x) -100 cm poniżej gruntu"

Dodatkowo, w przedłożonej przez Odwołującego karcie katalogowej urządzenia „huśtawka, lina" zamieszczono oświadczenie producenta, w którym producent zapewnił, że: „oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej tolerancji +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji. Ponadto urządzenie równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ."

6) drążek do przewrotów - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił kartę katalogową w której wyraźnie zaznaczył kolorystykę i sposób posadowienia drążka do przewrotów: „Słupy stalowe galwanizowane i malowane proszkowo no kolor RAL 6027(miętowy), na str. 2 odpowiedzi Odwołujący podał sposób galwanizacji zewnętrznej i wewnętrznej drążków. Posadowienie: Przedłużony element do zabetonowania śr. 20 cm h- 60 cm (3x) -100 cm poniżej poziomu gruntu"

Wskazany sposób posadowienia i kolorystyka są całkowicie zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Projekcie Wykonawczym (na str. 21):

„Słupy stalowe galwanizowane i malowane proszkowo na kolor RAL 6027(miętowy). Posadowienie: Przedłużony element do zabetonowania śr. 20 cm h- 60 cm (3x}- 100 cm poniżej poziomu gruntu"

Dodatkowo, należy podnieść, iż Zamawiający nie wymagał aby składane wraz z ofertą rysunki urządzeń odzwierciedlały ich stan rzeczywisty. Mianowicie, okoliczność tę Zamawiający potwierdził w zamieszczonych pismem z dnia 14 kwietnia

2021 r. odpowiedziach na zadawane przez Wykonawców pytania. Na zadane pytanie nr 9:

„Pytanie nr 9:

Ponieważ istnieje rozbieżność w kolorach podanych w opisie (pierścień zabezpieczający czarny) a na rysunku jest bordowy - trampolina integracyjna, uprzejmie prosimy Zamawiającego o odpowiedź czy dopuści wykonanie pierścienia trampoliny jak na rysunku w kolorze bordo?"

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Odpowiedź nr 9:

Zamawiający informuje, iż Wykonawcy powinni kierować się opisami do załączonych zdjęć. Jednocześnie zaznacza iż rysunki, pod względem kolorystyki, nie muszą odzwierciedlać rzeczywistości. Zamawiający, nie wyraża zgody na zmianę koloru na bordowy"

Reasumując, Odwołujący podnosi, iż zgodnie z wymogami SWZ złożył karty katalogowe zamawianych urządzeń, a jednocześnie w ofercie (pkt. 8) zadeklarował zgodność wymogów z treścią SWZ. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 5 maja 2021 r. Wzywającego do uzupełnienia oferty oraz z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający miał wątpliwości co do wskazania przez Odwołującego niektórych elementów na kartach katalogowych. Jednakże, co istotne, Zamawiający w SWZ nie określił stopnia szczegółowości, jakimi mają się cechować karty katalogowe lub inne dokumenty dotyczące oferowanych urządzeń. W SWZ nie uregulowano również jak mają wyglądać przedkładane przez Wykonawców rysunki urządzeń, ile rzutów i pod jakim kątem powinny zostać zwizualizowane.

Zamawiający wskazał w SWZ, że należy jedynie złożyć: „foldery lub karty katalogowe lub karty produktowe lub karty charakterystyki lub karty materiałowe lub oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp. wraz z kolorowymi zdjęciami lub rysunkami potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia, w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie) urządzeń i elementów tj. karuzela integracyjna, trampolina, jednoosobowa karuzela, podwieszony rowerek, linarium, huśtawka „bocianie gniazdo" huśtawka lina, drążek do przewrotów, tyrolka, słupki do przeskoków, ławko-huśtawka, ławka typ 1 i 2 oraz piłkochwyt, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.), wraz z jednoznacznym podaniem marki typu/modelu/symbolu itp. i producenta/ów pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanych poszczególnych urządzeń i elementów

W rezultacie, zaangażowani przez Odwołującego producenci zabawek posłużyli się opisami, rysunkami, kolorystyką wskazanymi przez Zamawiającego na etapie przygotowania dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Jak zostało przez Odwołującego zapewnione (zgodnie z deklaracjami zamieszczonymi na wszystkich kartach katalogowych) producenci wykonają zabawki zgodnie z wszelkimi wymaganiami postawionymi w SWZ. Skoro Zamawiający uczynił przygotowane przez siebie karty katalogowe integralną częścią specyfikacji (załącznikami do Projektu Wykonawczego), to per facto concludentia upoważnił wszystkich Uczestników postępowania do korzystania z tych dokumentów w ramach uczestnictwa w postępowaniu, w tym również do złożenia ofert. Odwołujący w opisach znajdujących się na składanych przez siebie karatach katalogowych zapewnił, iż oferowane urządzenia uwzględniają całą funkcjonalność, estetykę czy szczegóły techniczne zgodnie z wymogami narzuconymi w przygotowanym przez Zamawiającego Projekcie Wykonawczym.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podnosi, iż zarzuty Zamawiającego dotyczące wytkniętych przez niego braków w złożonych przez Odwołującego kartach katalogowych należy uznać za bezzasadne, bowiem Zamawiający w specyfikacji nie wskazał stopnia precyzyjności, jaki winny zawierać karty katalogowe lub inne dokumenty dotyczące oferowanych urządzeń zabawowych.

Z uwagi na powyższe okoliczności należy zarzucić, iż Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust, 1 pkt. 5) ustawy Pzp. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego. Nie można bowiem stwierdzić niezgodności treści oferty z wymaganiami SWZ w zakresie, w jakim SWZ nie precyzuje lub nawet w ogóle stawia danego warunku. W konsekwencji tego naruszenia oferta Odwołującego została bezprawnie wyeliminowana, pomimo, że spełniała warunki SWZ oraz przedstawiała najkorzystniejszą propozycję wykonania przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust 1 pkt. 5) ustawy Pzp (dawniej: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SWZ jest niewątpliwa (zob. aktualne wyroki KIO z 06.02.2009 r., KIO/UZP 97/09; wyrok KIO z 24.02.2009 r., KIO/UZP 158/09;- wyrok KIO z 22.10.2008 r., KIO/UZP 1104/08). Z uwagi r powyższe z taką sytuacją niewątpliwie nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla Wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. (Bażan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 89, Opublikowano: LEX 2015). Podobnie wskazuje S. Babiarz: „Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych." (Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Opublikowano: LexisNexis 2013, komentarz do art. 89 p.z.p.)

Odwołujący składając w dniu 11.5.2021 w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnienie kart katalogowych potwierdził, iż sporządził ofertę w oparciu o SWZ przygotowany przez Zamawiającego, w szczególności w oparciu o załączniki dotyczące opisu przedmiotu zamówienia składające się na Projekt Wykonawczy. Przygotowany przez Zamawiającego Projekt Wykonawczy zawiera w sobie m.in. karty katalogowe zamawianych elementów małej architektury obejmujące ich kolorową wizualizację, rysunki oraz szczegółowy opis urządzeń zabawowych. Odwołujący w swojej ofercie w całości oparł się na dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. W kartach katalogowych przedłożonych przez Odwołującego zapewniono, iż producenci oferowanych przez niego urządzeń sporządzą zabawki odzwierciedlające wszystkie wymagania wskazane w dokumentacji Zamawiającego, w tym narzucone przez Zamawiającego wzory, w oparciu o które będą przez Odwołującego wykonywane urządzenia równoważne. W kartach

katalogowych Odwołujący zapewnił również, iż odstępstwa od wskazanych przez Zamawiającego wzorów będą w granicach dopuszczonych przez SWZ. Wzory te nie są dziełem producentów zabawek, z którymi współpracuje Odwołujący lecz zostały narzucone przez Zamawiającego w SWZ, zatem Odwołujący powtórzył je w swojej ofercie po to, aby zapewnić, iż wykona urządzenia w odniesieniu do takich właśnie parametrów, jakie nakazał Zamawiający. W szczególności dotyczy to funkcjonalności, kolorystyki, posadowienia, które to parametry zostały wyraźnie wskazane w przedłożonych przez Odwołującego kartach katalogowych i są zbieżne z wymaganiami Zamawiającego.

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący podkreśla bowiem, że przedłożone przez niego karty katalogowe zawierają wszystkie wymagane elementy, które są zgodne z SWZ. Jeżeli zatem u Zamawiającego powstały jakiekolwiek wątpliwości co do oferowanych urządzeń, w takim wypadku Zamawiający powinien skorzystać z art. 107 ust 4 ustawy Pzp i wyjaśnić interesujące go kwestie dotyczące treści danej karty.

Oferta to oświadczenie woli stanowiące zobowiązanie, które oferent składa w stosunku do zamawiającego, na wypadek wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Co do zasady jest to oświadczenie prawo kształtujące, na którego treść ma wpływ składający oferent, w ramach wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia. W postępowaniu Odwołujący wyraźnie zobowiązał się w ofercie, że wykona przedmiot Postępowania. Odwołujący wyraźnie zobowiązał się w ofercie, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z opisem i warunkami określonymi w SWZ (pkt. 8 oferty). W tym kontekście należy odpowiedzieć na pytanie czym jest karta katalogowa, której dołączenie do oferty wymagają SWZ. Karta katalogowa wystawiana przez producenta (sprzedawcę), ma charakter informacyjno-reklamowy, ułatwiający decyzje potencjalnego nabywcy do nabycia poszukiwanego urządzenia. W tym celu zawiera szereg informacji, a zawężając problematykę do przedmiotu sprawy, o charakterze technicznym, konstrukcyjnym, technologicznym, czy też funkcjonalnym. Nie znaczy to, że musi zawierać wszystkie elementy, których oczekują różni zamawiający, w organizowanych przez siebie przetargach, czyli zawierać pełną gamę cech oferowanego urządzenia co do jego parametrów technicznych, funkcjonalnych itp. Wynika to przede wszystkim z faktu, że jest to oświadczenie producenta urządzenia do ogółu potencjalnych odbiorców, a nie oświadczenie oferenta składającego zobowiązanie wobec konkretnego zamawiającego, z uwzględnieniem określonych przez niego wymagań. Karta katalogowa urządzenia to nie oświadczenie woli oferenta, a jedynie dokument producenta/handlowca reklamującego towar do nabycia przez potencjalnego kupującego/zamawiającego. Karty katalogowe nie stanowią o treści oferty i podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu. Takie podejście do kart katalogowych wyraźnie zdefiniował również sam Zamawiający określając w SWZ, że karta katalogowa: „w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie) urządzeń i elementów spełnić wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.), wraz z jednoznacznym podaniem marki/typu/modelu/symbolu itp. i producenta/ów pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanych poszczególnych urządzeń i elementów".

Niemniej jednak, w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył karty katalogowe, które świadczą o pełnej zgodności treści jego oferty z treścią SWZ. Jak można bowiem zauważyć, Zamawiający precyzyjnie określił przedmiot zamówienia co do poszczególnych rodzajów urządzeń w zakresie wszystkich wymaganych parametrów technicznych, technologicznych czy funkcjonalnych. Wskazane przez Zamawiającego wymagania nie podlegają na etapie realizacji zamówienia jakimkolwiek zmianom oprócz dopuszczonych w SWZ odchyleń.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Pzp oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości; iż wspomniane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów niniejsze Odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

1)dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł;

2)dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu w dniu 14.6.2021 r.;

3)KRS Odwołującego;

4)odpisy dokumentów (dowodów) wymienionych w treści pisma:

- SWZ z załącznikami

- informacja z otwarcia ofert

-wezwanie do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 05.05.2021 r.

-oferta wykonawcy wraz z uzupełnieniem z dnia 11.5.2021

-zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 8.6.2021.

- pismo Zamawiającego z dnia 14.04.2021 r. „Pytania i odpowiedzi do treści SWZ".

W dniu 28 lipca 2021 r. na termin rozprawy w dniu 29 lipca 2021 r. na odwołanie SKO-BUD2 sp. z o.o., sp.k Kraków, zamawiający Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie z udziałem przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: FLORA Spółka z o.o. sp.k, Kraków, udzielił odpowiedzi na odwołanie wniesione dnia 14 czerwca 2021r.

Działając w oparciu o art. 521 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2021r., poz. 2019 z późn. zm., dalej w skrócie Pzp lub ustawa Pzp), w imieniu Zamawiającego wnoszę o:

1)oddalenie odwołania wniesionego przez SKO-BUD2 Sp. z o.o., Sp. k, ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków,
2)zasądzenie kosztów postępowania według norm przypisanych.

Zamawiający informuje ponadto, iż mimo stosownego zawiadomienia, po stronie Odwołującego, nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego.

Natomiast po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. Firma FLORA sp. z o.o. sp. k, ul. Siwka 40, 31-588 Kraków.

Uzasadnienie

Odwołujący wnosząc odwołanie dnia 14 czerwca 2021r. wskazuje, iż niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegają na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu, iż:

1) naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,

2) dokonał niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania jako niezgodnej z SWZ,

3) zaniechał podjęcia czynności w oparciu o art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, do której był zobowiązany w postaci wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4) dokonał niezgodnej z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp czynności polegającej na niewezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości do treści złożonych kart katalogowych.

Zdaniem Zamawiającego przedstawione w odwołaniu zarzuty są w całości niezasadne, a ich uzasadnienie nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, dlatego też odwołanie winno zostać w całości oddalone.

Na wstępie Zamawiający informuje, iż w zdecydowanej większości podtrzymuje stanowisko wraz z uzasadnieniem merytorycznym i prawnym, jakie zostało przedstawione w zawiadomieniu z dnia 08.06.2021r. o wyniku postępowania. Dotyczy to w szczególności jednej z podstaw faktycznych, tj. niezgodności oferowanego elementu małej architektury, czyli linarium, z warunkami opisanymi w SWZ, jak i podstaw prawnych odrzucenia oferty Odwołującego, które znajduje też oparcie w przedstawionym uzasadnieniu merytorycznym i przywołanym orzecznictwie oraz piśmiennictwie.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż rzekomo Zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający na wstępie prostuje omyłkowo zawartą informację w Zawiadomieniu o wyniku postepowania z dnia 8 czerwca 2021r., „iż wraz z ofertą nie zostały złożone przez tego Wykonawcę żadne wymagane przedmiotowe środki dowodowe (karty katalogowe)". Przyznać należy, iż Wykonawca wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe, a ich analiza wykazała, iż nie wszystkie zaoferowane urządzenia i elementy małej architektury nie spełniają wymagań określonych w treści SWZ. Dlatego też, Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2021r., zwrócił się z wnioskiem do Wykonawcy o wyjaśnienie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Wykonawca 11 maja 2021r. złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Natomiast w przywołanym wyżej Zawiadomieniu o wyniku postępowania, Zamawiający zawarł wyczerpujące szczegółowe uzasadnienie prawne i faktyczne dla dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego, które w precyzyjny sposób wskazuje przedstawia jakie elementy treści oferty Odwołującego są niezgodne z wymaganiami opisanymi w SWZ i jej załącznikach. Zamawiający dodatkowo przedstawił tezy orzecznictwa, które potwierdzają zasadność decyzji odrzucenia oferty. W punkcie Ad.5 zamieścił uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do Odwołującego oraz poniżej do pozostałych czterech odrzuconych na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z postępowania ofert Wykonawców, gdyż treść ich ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu Zamawiający przywołuje nadal aktualne przykłady tez orzecznictwa dotyczącego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. „Również za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., albowiem zdaniem Izby - w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający dostatecznie dokładnie i zgodnie ze stanem faktycznym uzasadnił podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że wskazany art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nie wymaga uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty w jakiś sposób szczególny." (KIO 525/13). „Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Podał także podstawę faktyczną. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie dokonał szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego. Należy wskazać, że stopień szczegółowości jest kwestią oceną, jednakże w ocenie Izby w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla Wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji Zamawiającego." (KIO 588/16). „Izba podkreśla, że nawet niewłaściwe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku potwierdzenia się przyczyn wykluczenia, nie stanowi podstawy przepis ustawy P.z.p. nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy. Z dyspozycji tego przepisu należy zatem wywodzić, że Zamawiający powinien wskazać co najmniej minimalne dane co do okoliczności faktycznych związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy, tj. takie okoliczności, które pozwolą wykonawcy na zidentyfikowanie faktycznych podstaw uznania, że jego oferta - w przypadku podstawy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. - jest sprzeczna z treścią SIWZ." (KIO 192/13).

Dlatego też, za zupełnie chybiony i nieuzasadniony należy przyjąć zarzut rzekomego naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp , a w konsekwencji należy go oddalić.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż rzekomo Zamawiający dokonał niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp czynności polegającej na odrzuceniu oferty, stwierdzić należy, że nadal faktycznie brak jest zgodności treści oferty z zapisami SWZ w aspekcie co najmniej jednego zaoferowanych elementów małej architektury, tj. linarium, co potwierdza nadal, iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty.

Zamawiający przyznaje, iż opisy dotyczące części złożonych przedmiotowych środków dowodowych (kart katalogowych) są formalnie poprawne. Zamawiający nie kwestionuje wykazania danych dotyczących następujących urządzeń:

1.karuzela integracyjna,

2.jednoosobowa karuzela,

3.huśtawka „bocianie gniazdo",

4.huśtawka lina,

Zamawiający uznaje, że zaoferowane elementy i urządzenia są prawidłowe. Wyjaśnić należy, iż członkowie komisji przetargowej mieli wątpliwości do przesłanych kart, jednak w konsekwencji nieprawidłowo, bez wystarczających dowodów nie uwzględnili przy ocenie ofert uzupełnionych materiałów. Dlatego też, niezasadnie wykazano jako podstawę do odrzucenia rzekomą niezgodność opisanych wyżej elementów i urządzeń z wymaganiami SWZ. Zamawiający w tym miejscu przeprasza za wykazane uchybienie.

Natomiast Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, w zakresie niezgodności z wymaganiami w SWZ urządzenia linarium. Szczegółowa analiza złożonych wraz z ofertą, jak i uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie kart katalogowych, nadal wykazuje, iż zaoferowany element małej architektury nie spełnia warunków i wymagań określonych w treści SWZ, gdyż nadal posiada niezgodności.

W dokumentacji postępowania (karcie produktowej) wyżej wspomniane wymiary linarium kształtują się następująco:

Wymiary:

Długość: 889 cm

Szerokość: 889 cm

Wysokość: 450 cm

Dowody - wyciągi z projektu wykonawczego załączonego do SWZ.

Odwołujący dołączył do oferty schematyczny rysunek obrazujący urządzenie - wizualizację zgodnie, z którą parametry urządzenia wynosiły:

Wymiary:

Długość: 800 cm

Szerokość: 800 cm

Wysokość: 400 cm

Co stanowiło odpowiednio: 10,1 0/0, 10,1 % i 11,1% odchylenia od parametrów podanych przez Zamawiającego i mieściło się w granicach tolerancji zapisanej w swz (+/- 15%).

Opis elementów konstrukcyjnych urządzenia był zgodny z opisem Zamawiającego, z pominięciem informacji określającej formę: „Urządzenie do wspinania w formie kopuły", co jednoznacznie wynikało z rysunku.

Wątpliwość Zamawiającego wzbudził fakt braku elementów składowych linarium - ścianki wspinaczkowej i elementu w kształcie śruby oraz opisu sposobu montażu. Wobec czego, w wezwaniu z dnia 5 maja 2021 roku

Zamawiający wyraźnie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które umożliwią dokonanie oceny spełnienia wymagań określonych w treści SWZ, stosownie do aspektów opisanych w poniższym punkcie, tj.:

„3) linarium - brak ścianki wspinaczkowej, brak metalowego elementu w kształcie śruby, mniejsza liczba lin do wspinaczki niż w urządzeniu z projektu, brak opisu sposobu montażu, karta nieczytelna"

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił kartę z wymiarami i opisem urządzenia, wizualizację oraz sposób rozmieszczenia elementów konstrukcyjnych(rys.05). Na podstawie analizy przedłożonych dokumentów, stwierdzono iż:

a) wizualizacja została przedstawiona w jednym widoku, b) rysunek rozmieszczenia fundamentów (nr 05) w rzeczywistości nie określa jakichkolwiek parametrów umożliwiających ich lokalizację.

Dowody: Karty katalogowe linarium złożone wraz z ofertą oraz Karty katalogowe linarium złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,

Jak podnosi Odwołujący „(...) Zamawiający w sposób bardzo ogólny (w kilku słowach) wskazał co w zakresie poszczególnych oferowanych przez Odwołującego urządzeń jest niezgodne z SWZ. Zabrakło natomiast wskazania w zakresie jakich zapisów SWZ ta niezgodność może mieć miejsce, jak również z których fragmentów oferty dany zarzut dotyczy.", oraz że „wizualizacja urządzenia jest pod takim kątem, iż nie pozwala na jej zaobserwowanie. Przedmiotowa ścianka wspinaczkowa znajduje się po przekątnej i jest przytwierdzona do słupka podtrzymującego konstrukcję, zatem słupek ten ją zasłania."

Zamawiający podkreśla, iż w dokumentacji postepowania (karcie produktowej), urządzenie to zostało przedstawione na 3 rysunkach technicznych oraz 1 dodatkową wizualizacją. Łącznie 4 rysunki, na podstawie których jednoznacznie można stwierdzić występowanie ścianki i jej lokalizację. Jak wynika z rysunków, przedmiotowa ścianka została umieszczona/zaprojektowana na jednym wspólnym ramieniu elementu konstrukcyjnego linarium - stalowego łuku, wraz z elementem w kształcie śruby.

Natomiast uzupełniając karty Odwołujący przedstawił widok urządzenia, na którym jednoznacznie można potwierdzić element w kształcie śruby, brak natomiast jest ścianki. Biorąc pod uwagę założenie projektowe, co do lokalizacji obu elementów na jednym ramieniu, tym bardziej widoczna powinna być ścianka.

Nawet w sytuacji gdyby widok stanowił „odbicie lustrzane" oba elementy wystąpiłyby razem i byłyby widoczne.

Faktem bezspornym jest, iż złożone dokumenty dotyczące linarium nie wykazują, aby uwzględniono w nim konstrukcję i lokalizację ścianki wspinaczkowej. Jest to ewidentna i jednoznaczna niezgodność treści oferty z wymaganiami i warunkami opisanymi w dokumentacji postępowania, która skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający zaznacza, że pozostałe urządzenia o prostej konstrukcji przedstawione w jednym widoku, zostały zaakceptowane przez Zamawiającego z uwagi, iż nie budziły wątpliwości zarówno w zakresie opisów jak i rysunków. Linarium jest urządzeniem zaawansowanym, wielofunkcyjnym o skomplikowanej konstrukcji w stosunku do pozostałych elementów małej architektury ujętych w przedmiocie zamówienia.

Ponadto z karty katalogowej Zamawiającego (rys. 05) przedstawiającej sposób rozmieszczenia elementów konstrukcyjnych, w tym posadowienia fundamentów, wynika jednoznacznie gdzie i w jaki sposób mają zostać usytuowane poszczególne elementy konstrukcyjne, w tym ścianka wspinaczkowa i „śruba." Dołączony do uzupełnienia karty przez Odwołującego rysunek nie zawiera jakichkolwiek danych (wymiarów, lokalizacji fundamentów) pozwalających na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego elementu i występowanie ścianki wspinaczkowej. Jedynym widocznym elementem jest obrys płyty żelbetowej, który ponadto również nie jest nawet zwymiarowany.

Powyższe zaprzecza stanowisku Odwołującego o przygotowaniu „(...) z należytą starannością, zgodnie ze swoim najlepszym rozumieniem zagadnienia dokonanym w dobrej wierze. '

Zamawiający podtrzymuje także swoje wątpliwości względem drążka do przewrotów. Karty katalogowe firmy Kompan są dostępne w Internecie. Przesłane przez Odwołującego karty katalogowe nie odpowiadają kartom oficjalnie udostępnianym przez firmę Kompan, natomiast sposób wprowadzania i akceptowania zmian do kart przez firmę Kompan również jest Zamawiającemu znany i jest odmienny od tego zastosowanego przez Odwołującego. Dodatkowo wątpliwości te potwierdza przesłana 28 lipca 2021 r. przez Przystępującą Flora sp. z o.o. sp. k. korespondencja e-mailowa. Zamawiający zaniechał wyjaśniania tych okoliczności, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu już z uwagi na niezgodności w pozostałym zakresie, tj. dotyczącym linarium.

Ad. 3)

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego zaniechania podjęcia czynności w oparciu art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, do której rzekomo był zobowiązany Zamawiający, również należy uznać go za bezpodstawny i nieuzasadniony.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie na ocenie i porównaniu ofert uwzględniono wyłącznie treść dokumentacji postępowania i złożonych oferty oraz wyjaśnień bądź uzupełnień. Zamawiający nie opierał się przy wyborze oferty najkorzystniejszej na żadnych innych kryteriach niż te opisane w SWZ. Odwołujący nie wskazał jakie ewentualnie kryteria inne niż określone w dokumentach zamówienia miałaby zostać wzięte ewentualnie pod uwagę.

Zamawiający uważa również, że fakt odrzucenia ofert, które nie spełniają wymagań i warunków SWZ, zapewnia właśnie poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, przejrzystość działania i proporcjonalność, które wynikają z art. 16 ustawy Pzp.

Dlatego też, Zamawiający uznaje za nietrafny o nieuzasadniony zarzut rzekomego naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp, gdyż nie tylko nie naruszył zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, ale wręcz poprzez decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego właśnie ich dochował, rzetelnie oceniając ofertę Odwołującego. W świetle materiałów zgromadzonych w postępowaniu i obowiązujących przepisów Zamawiający nie mógł podjąć innej decyzji.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego zarzut ten winien zostać oddalony.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający dokonał niezgodnej z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp czynności polegającej na niewezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości do treści złożonych kart katalogowych, w ocenie Zamawiającego jest on również niezasadny.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Podkreślić należy, iż art. 107 ust. 4 Pzp daje możliwość, ale nie obowiązek skierowania wezwania o wyjaśnienie treści oferty.

Zgodnie z zapisami SWZ oraz obowiązującymi przepisami, Zamawiający w dniu 5 maja 2021 r. i zwrócił się z wnioskiem do Odwołującego o wyjaśnienie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, odpowiednio do zapisów SWZ i ustawy Pzp, wyznaczając pięciodniowy termin, tj. do dnia 11 maja 2021r. W odpowiedzi Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Wezwanie Zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich Zamawiający wymagał od dokumentu, oferta do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Niemniej Zamawiający z pewnością skorzystałby z możliwości opisanej w art. 107 ust. 4 Pzp w przypadku, gdyby wyjaśnienia dotyczące przedmiotowych środków dowodowych mogły rozwiać wątpliwości Zamawiającego, co do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Z dokumentacji Postępowania, w tym z kart przesłanych w Postępowaniu i dołączonych do odwołania wprost wynika, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W stanie faktycznym sprawy złożone wraz z ofertą i w odpowiedzi na uzupełnienie przedmiotowe środki dowodowe przez Odwołującego nie wymagały wyjaśnień, gdyż albo zero-jedynkowo potwierdziły spełnienie wymagań, co Zamawiający powyżej przyznał, albo jak w przypadku linarium zerojedynkowo wskazują, że wymagania SWZ nie są spełnione pomimo uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Ewentualne wyjaśnień wątpliwości, co do drążka do przewrotów nie pozwoliłoby przywrócić Odwołującego do postępowania.

Dlatego też, także zarzut ewentualnego naruszenia art. 107 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, bezwzględnie zachodzą przesłanki dla oddalenia w całości odwołania.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację i dowody oraz stan faktyczny wynikający z dokumentacji niniejszej sprawy, jak również obowiązujące przepisy, Zamawiający wnosi jak w petitum.

Załączniki:

1.Dowody - wyciągi z projektu wykonawczego załączonego do SWZ.

2.Karty katalogowe linarium złożone wraz z ofertą,

3.Karty katalogowe linarium złożone w odpowiedzi na wezwanie o wyjaśnienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowanie, w którym złożono odwołanie, dotyczy udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami, o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych i dotyczy wyłonienia wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych i nasadzeń zieleni związanych z modernizacją placu zabaw przy ul. Opolskiej i Jaremy, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie (numer wewnętrzny postępowania: NP.26.2.18.21.JC1.)

Nr ogłoszenia w BZP: 2021/BZP 00025385/01 z dnia 2021-03-30

Zarzuty podniesione w odwołaniu to:

1) naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,

2) niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania jako niezgodnej z SWZ;

3) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w oparciu o art. 239 ust. 1 w zw. z art 16 ustawy Pzp, do której był zobowiązany, w postaci wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

4) niezgodnej z art.107 ust.4 ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na nie wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonych kart katalogowych

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert;

3) nakazanieZamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

W zakresie postępowania dowodowego wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

a) oferty Odwołującego wraz z załącznikami,

b) z pism Odwołującego stanowiących uzupełnienie oferty złożonych na wezwanie Zamawiającego

- na okoliczność potwierdzenia, że ofertowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami SWZ.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Odwołujący powołał się na interes do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wskazuje, że posiada interes we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców czynności Zamawiającego pozbawiły Odwołującego możliwości realizacji zamówienia. Oferta Odwołującego posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów. Odwołujący poniósł szkodę w postaci pozbawienia go możliwości realizacji zamówienia.

Izba niniejszym wyrokiem potwierdza, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym prawo do wniesienia odwołania.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 08.6.2021 r., na podstawie zawiadomienia Zamawiającego o wyniku postępowania. W związku z powyższym termin do wniesienia niniejszego odwołania pozostaje zachowany (14.06.2021r.). Kopia niniejszego odwołania została Zamawiającemu przesłana w dniu 14.06.2021r.(poniedziałek).

Izba niniejszym wyrokiem potwierdza brak podstaw do odrzucenia odwołania, wniesionego w ustawowym terminie.

Na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestnika, Odwołujący wniósł o nie dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym Przystępującego po stronie Zamawiającego, ponieważ według jego wiedzy nie otrzymał zgłoszenia przystąpienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia, ze względu na załączony do przystąpienia wydruk ze skrzynki nadawczej pt. przystąpienie do postępowania odwoławczego, z której wynika że od Przystępującego przesłano do Zamawiającego i Odwołującego wraz z pełnomocnictwem wszystkie wymienione w tym piśmie załączniki, odpis aktualny i przystąpienie wraz z opłatą skarbową. Na pytanie Izby, stawający nie zgłosili opozycji do wniosku przystąpienia, czyli braku interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego.

Izba dopuściła Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Podstawę wniesienia odwołania stanowią następujące okoliczności, jak wskazano w odwołaniu.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19.04.2021 roku.

Zamawiający pismem z dnia 05.05.2021r. wezwał Odwołującego do „wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które umożliwią dokonanie oceny spełnienia wymagań określonych w treści SWZ, stosownie do aspektów opisanych w poniższych punktach, tj.:

1) karuzela integracyjna - brak określonej kolorystyki,

2) jednoosobowa karuzela - brak opisu sposobu montażu,

3) podwieszony rowerek - brak określonej kolorystyki, brak możliwości -odczytania wymiarów-karta nieczytelna,

4) linarium — brak ścianki wspinaczkowej, brak metalowego elementu w kształcie śruby; mniejsza liczba lin do wspinaczki niż w urządzeniu z projektu, brak opisu sposobu montażu, karta nieczytelna,

5) huśtawka „bocianie gniazdo" - brak opisu sposobu montażu,

7) huśtawka lina - brak opisu sposobu montażu;

8) drążek do przewrotów - brak opisu sposobu montażu; brak określonej kolorystyki,

9) tyrolka - karta nieczytelna,

10) słupki do przeskoków - karta nieczytelna"

Odwołujący w zakreślonym terminie, tj. w dniu 11.05.2021 r. przesłał komplet żądanych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego o czym Odwołujący został poinformowany w dniu 08.06.2021 r. w ślad za przesłanym przez Zamawiającego zawiadomieniem o wyniku postępowania. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w piśmie, podstawą odrzucenia była niezgodność oferty z SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia wskazano; „Wykonawca 11 maja 2021r. złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Analiza złożonych dokumentów (kart katalogowych) wykazała, iż zaoferowane urządzenia i elementy małej architektury nie spełniają warunków i wymagań określonych w treści SWZ, gdyż posiadają następujące niezgodności;

1)karuzela integracyjna - brak określonej kolorystyki,

2)jednoosobowa karuzela - brak opisu sposobu montażu,

3)linarium - brak ścianki wspinaczkowej, brak opisu sposobu montażu do podłoża,

4) huśtawka „bocianie gniazdo" - brak opisu sposobu montażu do podłoża,

5) huśtawka lina - brak opisu sposobu montażu do podłoża,

6) drążek do przewrotów - brak opisu sposobu montażu do podłoża, brak określonej kolorystyki."

Na wstępie Odwołujący zarzucił, że Zamawiający uchybił przepisowi art. 253 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niejasne i nie daje Odwołującemu wiedzy o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SWZ pozostaje niezgodny Zamawiający w sposób bardzo ogólny (w kilku słowach) wskazał co w zakresie poszczególnych oferowanych przez Odwołującego urządzeń jest niezgodne z SWZ. Zabrakło natomiast wskazania w zakresie jakich zapisów SWZ ta niezgodność może mieć miejsce, jak również których fragmentów oferty dany zarzut dotyczy. Powyższa sytuacja nie daje Odwołującemu żadnej możliwości weryfikacji zastosowanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty. Mając powyższe na uwadze, tego rodzaju praktyka Zamawiającego i nie daje się pogodzić z zasadą budowania zaufania wykonawców do zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty nie może zostać uznane za wyczerpujące, bowiem ogranicza się jedynie do ogólnego zakreślenia przez Zamawiającego obszaru niezgodności oferty Odwołującego z treścią SWZ bez odwołania się do konkretnych jej zapisów, jak również bez wskazania jakich konkretnie zapisów oferty dany zarzut dotyczy. Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.10.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2174/10: „W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny."

Z uwagi na niejasne uzasadnienie zaskarżonej czynności odrzucenia oferty, Odwołującemu pozostaje tylko domyślać się, o jakie niezgodności jego oferty z SWZ chodzi. Z tym zastrzeżeniem, Odwołujący podnosi, że wszystkie zarzuty Zamawiającego należy uznać za bezpodstawne, bowiem nie znajdują one potwierdzenia w przesłanych przez Odwołującego Zamawiającemu przedmiotowych środkach dowodowych.

Z kolei zgodnie z cytowanym powyżej piśmie Zamawiającego stanowiącym odpowiedź na odwołanie Zamawiający złożył następujące oświadczenie w piśmie z dnia 28 lipca 2021 roku.

Zdaniem Zamawiającego przedstawione w odwołaniu zarzuty są w całości niezasadne, a ich uzasadnienie nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, dlatego też odwołanie winno zostać w całości oddalone.

Na wstępie Zamawiający informuje, iż w zdecydowanej większości podtrzymuje stanowisko wraz z uzasadnieniem merytorycznym i prawnym, jakie zostało przedstawione w zawiadomieniu z dnia 08.06.2021r. o wyniku postępowania. Dotyczy to w szczególności jednej z podstaw faktycznych, tj. niezgodności oferowanego elementu małej architektury, czyli linarium, z warunkami opisanymi w SWZ, jak i podstaw prawnych odrzucenia oferty Odwołującego, które znajduje też oparcie w przedstawionym uzasadnieniu merytorycznym i przywołanym orzecznictwie oraz piśmiennictwie.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż rzekomo Zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający na

wstępie prostuje omyłkowo zawartą informację w Zawiadomieniu o wyniku postepowania z dnia 8 czerwca 2021r., „iż wraz z ofertą nie zostały złożone przez tego Wykonawcę żadne wymagane przedmiotowe środki dowodowe (karty katalogowe)". Przyznać należy, iż Wykonawca wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe, a ich analiza wykazała, iż nie wszystkie zaoferowane urządzenia i elementy małej architektury nie spełniają wymagań określonych w treści SWZ. Dlatego też, Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2021r., zwrócił się z wnioskiem do Wykonawcy o wyjaśnienie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Wykonawca 11 maja 2021r. złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Natomiast w przywołanym wyżej Zawiadomieniu o wyniku postępowania, Zamawiający zawarł wyczerpujące szczegółowe uzasadnienie prawne i faktyczne dla dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego, które w precyzyjny sposób wskazuje przedstawia jakie elementy treści oferty Odwołującego są niezgodne z wymaganiami opisanymi w SWZ i jej załącznikach. Zamawiający dodatkowo przedstawił tezy orzecznictwa, które potwierdzają zasadność decyzji odrzucenia oferty. W punkcie Ad.5 zamieścił uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do Odwołującego oraz poniżej do pozostałych czterech odrzuconych na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z postępowania ofert Wykonawców, gdyż treść ich ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu Zamawiający przywołuje nadal aktualne przykłady tez orzecznictwa dotyczącego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. „Również za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., albowiem zdaniem Izby - w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający dostatecznie dokładnie i zgodnie ze stanem faktycznym uzasadnił podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że wskazany art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nie wymaga uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty w jakiś sposób szczególny." (KIO 525/13). „Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Podał także podstawę faktyczną. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie dokonał szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego. Należy wskazać, że stopień szczegółowości jest kwestią oceną, jednakże w ocenie Izby w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla Wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji Zamawiającego." (KIO 588/16). „Izba podkreśla, że nawet niewłaściwe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku potwierdzenia się przyczyn wykluczenia, nie stanowi podstawy przepis ustawy P.z.p. nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy. Z dyspozycji tego przepisu należy zatem wywodzić, że Zamawiający powinien wskazać co najmniej minimalne dane co do okoliczności faktycznych związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy, tj. takie okoliczności, które pozwolą wykonawcy na zidentyfikowanie faktycznych podstaw uznania, że jego oferta - w przypadku podstawy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. - jest sprzeczna z treścią SIWZ." (KIO 192/13).

Dlatego też, za zupełnie chybiony i nieuzasadniony należy przyjąć zarzut rzekomego naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp , a w konsekwencji należy go oddalić.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że rzekomo Zamawiający dokonał niezgodnej z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp czynności polegającej na odrzuceniu oferty to Zamawiający stwierdza, że nadal faktycznie brak jest zgodności treści oferty z zapisami SWZ w aspekcie co najmniej jednego zaoferowanych elementów małej architektury, tj. linarium, co potwierdza nadal, iż bezsprzecznie zachodzi w niniejszej sprawie przesłanka do odrzucenia oferty.

Zamawiający przyznaje, iż opisy dotyczące części złożonych przedmiotowych środków dowodowych (kart katalogowych) są formalnie poprawne. Zamawiający nie kwestionuje wykazania danych dotyczących następujących urządzeń:

1.karuzela integracyjna,

2.jednoosobowa karuzela,

3.huśtawka „bocianie gniazdo",

4.huśtawka lina,

Zamawiający uznaje, że zaoferowane elementy i urządzenia są prawidłowe. Wyjaśnić należy, iż członkowie komisji przetargowej mieli wątpliwości do przesłanych kart, jednak w konsekwencji nieprawidłowo, bez wystarczających dowodów nie uwzględnili przy ocenie ofert uzupełnionych materiałów. Dlatego też, niezasadnie wykazano jako podstawę do odrzucenia rzekomą niezgodność opisanych wyżej elementów i urządzeń z wymaganiami SWZ. Zamawiający w tym miejscu przeprasza za wykazane uchybienie.

Natomiast Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, w zakresie niezgodności z wymaganiami w SWZ urządzenia linarium.

Zamawiający podtrzymuje także swoje wątpliwości względem drążka do przewrotów. Karty katalogowe firmy Kompan są dostępne w Internecie. Przesłane przez Odwołującego karty katalogowe nie odpowiadają kartom oficjalnie udostępnianym przez firmę Kompan, natomiast sposób wprowadzania i akceptowania zmian do kart przez firmę Kompan również jest Zamawiającemu znany i jest odmienny od tego zastosowanego przez Odwołującego. Dodatkowo wątpliwości te potwierdza przesłana 28 lipca 2021 r. przez Przystępującą Flora sp. z o.o. sp. k. korespondencja e-mailowa. Zamawiający zaniechał wyjaśniania tych okoliczności, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu już z uwagi na niezgodności w pozostałym zakresie, tj. dotyczącym linarium.

Zamawiający: Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający dokonał niezgodnej z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp czynności polegającej na niewezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości do treści złożonych kart katalogowych, w ocenie Zamawiającego jest on również niezasadny.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 107 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Podkreślić należy, iż art. 107 ust. 4 Pzp daje możliwość, ale nie obowiązek skierowania wezwania o wyjaśnienie treści oferty.

Zgodnie z zapisami SWZ oraz obowiązującymi przepisami, Zamawiający w dniu 5 maja 2021 r. i zwrócił się z wnioskiem do Odwołującego o wyjaśnienie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, odpowiednio do zapisów SWZ i ustawy Pzp, wyznaczając pięciodniowy termin, tj. do dnia 11 maja 2021r. W odpowiedzi Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe.

Wezwanie Zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich Zamawiający wymagał od dokumentu, oferta do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Niemniej Zamawiający z pewnością skorzystałby z możliwości opisanej w art. 107 ust. 4 Pzp w przypadku, gdyby wyjaśnienia dotyczące przedmiotowych środków dowodowych mogły rozwiać wątpliwości Zamawiającego, co do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Z dokumentacji Postępowania, w tym z kart przesłanych w Postępowaniu i dołączonych do odwołania wprost wynika, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W stanie faktycznym sprawy złożone wraz z ofertą i w odpowiedzi na uzupełnienie przedmiotowe środki dowodowe przez Odwołującego nie wymagały wyjaśnień, gdyż albo zero-jedynkowo potwierdziły spełnienie wymagań, co Zamawiający powyżej przyznał, albo jak w przypadku linarium zerojedynkowo wskazują, że wymagania SWZ nie są spełnione pomimo uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Ewentualne wyjaśnień wątpliwości, co do drążka do przewrotów nie pozwoliłoby przywrócić Odwołującego do postępowania.

Dlatego też, także zarzut ewentualnego naruszenia art. 107 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać według Zamawiającego za chybiony.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, bezwzględnie zachodzą przesłanki dla oddalenia w całości odwołania.

Izba podsumowując prezentowane powyżej stanowisko Zamawiającego stwierdza jak poniżej.

W wyniku udzielonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznaje się do popełnionych błędów przez komisję przetargową Zamawiającego, która nieprawidłowo oceniła złożone dokumenty – oświadczenia przez Odwołującego w dniu 11 maja 2021r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 maja 2021r. W wyniku analizy zarzutów wniesionego odwołania, Zamawiający podtrzymał czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie dwóch urządzeń na projektowanym placu zabaw to jest Linarium oraz drążka do przewrotów, a nie jak w dniu 8 czerwca 2021r. (odrzucenie oferty) sześciu urządzeń. Przy czym jeżeli chodzi o Linarium to Zamawiający definitywnie podtrzymuje stanowisko o niezgodności parametrów urządzenia z SWZ (brak ścianki wspinaczkowej, brak opisu sposobu montażu do podłoża - pismo z dnia 8 czerwca 2021r. – zawiadomienie o wyniku postępowania). Zamawiający rozszerza w odpowiedzi na odwołanie (28 lipca 2021r.) zastrzeżenia do tego urządzenia o brak wykazania parametrów równoważności, które w jego ocenie nie są spełnione (umiejscowienie śruby nie obok ścianki wspinaczkowej). Natomiast co do drugiego urządzenia, które w ocenie Zamawiającego nie spełnia warunków SWZ to nie rozstrzyga definitywnie swojego stanowiska, przywołując możliwość wezwania do wyjaśnień Odwołującego, przywołując informację jaką otrzymał w dniu 28 lipca 2021r. od Przystępującego, w związku z korespondencją z producentem Kompan. Niemniej uważa wezwanie do wyjaśnień w zakresie drążka do przewrotów za bezprzedmiotowe, skoro urządzenie Linarium jest niezgodne z Specyfikacją Warunków Zamówienia. W ocenie Izby żaden przepis Pzp nie zwalnia Zamawiającego z pominięcia czynności wezwania do wyjaśnień (art.107 ust.4 Pzp), jeżeli zachodzą ku temu okoliczności, a które sam Zamawiający w złożonej odpowiedzi na wezwanie przyznaje. Na tę okoliczność wskazuje nie tylko Zamawiający, ale również Przystępujący składając wniosek dowodowy w piśmie z dnia 28 lipca 2021roku (w aktach sprawy), który Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego, z uwagi na zakres niezgodności przedstawiony w piśmie Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2021r. o odrzuceniu oferty Odwołującego (zawiadomienie o wyniku postępowania – w aktach sprawy). Bowiem niezgodność opisana w ofercie Odwołującego przez Zamawiającego (pismo z dnia 8 czerwca 2021r.) w zakresie drążka do przewrotów to „brak opisu sposobu montażu do podłoża, brak określonej kolorystyki", a nie nieprawidłowy opis sposobu montażu do podłoża. Natomiast jak podnosi Przystępujący we wniosku dowodowym z dnia 28 lipca 2021roku (pismo w aktach sprawy – wniosek odrzucony) nieprawidłowość drążka do przewrotów to „nie spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie posadowienia", czy też „dokonanie w karty katalogowe niedozwolonej ingerencji, bez zgody producenta". W powyższym stanie rzeczy Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego co do drążka do przewrotów uznaje zarzut naruszenia art.107 ust.4 za usprawiedliwiony i wykazany.

Izba przechodząc do rozpoznania nieprawidłowości, którą podtrzymuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lipca 2021r. to jest do urządzenia Linarium stwierdza jak poniżej.

Strony na posiedzeniu/rozprawie odnieśli się następująco do materiału dowodowego w sprawie: „Zamawiający doręcza dowód: rozrysowane linarium na okoliczność, iż nie spełnia on parametrów opisanych w SWZ. Zamawiający na podstawie tych przedłożonych dowodów oświadcza, że Odwołujący nie złożył kompletnego opisu w ofercie w zakresie linarium, tj. elementu ściany wspinaczkowej przez brak w ogóle jej pokazania, jak również sposobu posadowienia całego linarium. Linarium składa się ze ściany wspinaczkowej, śrub, elementów, po których się wspina po ścianie i liny. Twierdzi, że w treści oferty nie przedstawiono śruby oraz ściany wspinaczkowej. Natomiast na wezwanie do uzupełnienia, bądź wyjaśnienia przedstawiono śrubę, uzupełniono opis techniczny w karcie katalogowej uwzględniając ulokowanie śruby.

Odwołujący wnosi o nie przyjęcie w poczet materiału dowodowego przedstawionych rysunków, ponieważ z taką szczegółowością nie znalazły się SWZ, a zarzut, że nie przedstawił ściany jest nieuzasadniony, bo wizualizacja jaką wykonał, jest w takim rzucie ujęta, że tej ściany nie widać. W oświadczeniu producenta jest ujęte zarówno w ofercie, jak i uzupełnieniu, jest oświadczenie producenta, że w skład linarium wchodzi ściana wspinaczkowa i to w ofercie i w uzupełnieniu.

W mojej ocenie, pełnomocnik inżynier Odwołującego stwierdza, że dowody złożone przez Zamawiającego są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bo w następujących dokumentach w SWZ opisał sposób fundamentowania

linarium.

Odwołujący uważa, że sposób uzupełnienia oferty na wezwanie z 05.05.2021 roku przekazany 11.05.2021 spełnia wymagania SWZ, ponieważ jest wymieniona ścianka wspinaczkowa, jest podana z jakich materiałów jest zbudowana, konstrukcja, grubość. Co do posadowienia jest opisane w jaki sposób będzie przymocowany/przykręcony linarium do płyty żelbetowej. Przywołuje dowód załączony do odwołania i zakres dokumentów uzupełniających.

Zamawiający przedstawia wydruk ze strony internetowej producenta, tj. materiał poglądowy, natomiast w SWZ jest dokonany opis techniczny, funkcjonalny i rysunki techniczne.

Ostatecznie po wymianie stanowisk Odwołujący odnosząc się do złożonego wniosku dowodowego, tj. wydruku z programu AutoCAD lokalizacji fundamentów pod ściankę wspinaczkową oraz element śruby, jak również rzut urządzenia na osadzonych fundamentach nie zgłasza wniosku o nie przyjęcie w poczet materiału dowodowego. Również skoro Zamawiający oświadczył, że wydruk ze strony internetowej, duńskiej firmy linarium jako materiału poglądowego, nie wnosi zastrzeżeń i oświadcza, że złożył ofertę równoważną. Natomiast jego propozycja to firma Piotruś Pan Malorz, firma z Bukowiny Tatrzańskiej."

Z przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie, z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanych przez zamawiającego, jak i załączników do odwołania Izba ustaliła następujące okoliczności w sprawie.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 maja 2021r. uzupełnił kartę Linarium jako urządzenia równoważnego, w której co do posadowienia przewidziano: „Przykręcenie do płyty żelbetowej 999,5 x 988 cm, gr. 30 cm beton C25/30 wg części rysunkowej".

Sposób posadowienia Linarium odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w Projekcie Wykonawczym SWZ:

„Posadowienie: Przykręcenie do płyty żelbetowej 999.5 x 988 cm. gr. 30 cm beton C25/30 wg części rysunkowej."

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił rzut i przekrój płyty fundamentowej – załącznik do odwołania. Na rozprawie Zamawiający zarzucił skopiowanie dokumentacji SWZ, na co wskazuje wzmianka biura projektowego opracowującego ABEGOR na dokumencie opisującym posadowienie Linarium i dostarczonym przez Odwołującego. Niemniej co do potwierdzenia zgodności z SWZ świadczy powyższe o zagwarantowaniu przez odwołującego sposobu posadowienia Linarium zgodnie z wymogiem Zamawiającego to jest z dokumentacją SWZ.

Podobnie jak w ofercie, w przedłożonej przez Odwołującego ponownie karcie katalogowej Linarium zamieszczono oświadczenie producenta Piotruś Pan M., że: „oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej w SWZ tolerancji +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji). Ponadto urządzenie równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ."

Co do drugiej nieprawidłowości podnoszonej przez Zamawiającego w zakresie Linarium to jest „braku ścianki wspinaczkowej". Odwołujący wskazał, że „na przedłożonej przez niego wizualizacji urządzenia wspomniana ścianka wspinaczkowa została uwzględniona i naniesiona, jednakże zaprezentowana przez Odwołującego wizualizacja urządzenia jest pod takim kątem, iż nie pozwala na jej zaobserwowanie. Przedmiotowa ścianka wspinaczkowa znajduje się po przekątnej i jest przytwierdzona do słupka podtrzymującego konstrukcję, zatem słupek ten ją zasłania".

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie wymagał aby wizualizacja Linarium, była prezentowana w kilku rzutach, które prezentowałyby urządzenie pod wieloma kątami. „Pozostałe urządzenia objęte ofertą były prezentowane przez Odwołującego tylko pod jednym kątem, co Zamawiający zaakceptował. Trudno zatem oczekiwać, by Linarium stanowiło wyjątek i winno być przez Wykonawców zwizualizowane w kilku rzutach, chociaż zapisy SWZ tego nie wymagały".

O tym, że Odwołujący przewidział w urządzeniu ściankę wspinaczkową, świadczy zapis na przedłożonej karty katalogowej. Odwołujący w karcie katalogowej opisał ściankę wspinaczkową, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przez następujący zapis: „Ścianki wspinaczkowe gr. 19 mm z EcoCore". Taki opis ścianki wspinaczkowej znajduje się zarówno na karcie złożonej wraz z ofertą jak i na wezwanie do uzupełnienia karty katalogowej przez Zamawiającego.

Zasadna jest uwaga Odwołującego, że Zamawiający w specyfikacji nie wskazał stopnia precyzyjności, jaki winny zawierać karty katalogowe, wizualizacje lub inne dokumenty dotyczące oferowanych urządzeń zabawowych.

Bowiem wymóg SWZ brzmi następująco: „foldery lub karty katalogowe lub karty produktowe lub karty charakterystyki lub karty materiałowe lub oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp. wraz z kolorowymi zdjęciami lub rysunkami potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia, w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie) urządzeń i elementów, tj. karuzela integracyjna, trampolina, jednoosobowa karuzela, podwieszony rowerek, linarium, huśtawka „bocianie gniazdo", huśtawka lina, drążek do przewrotów, tyrolka, słupki do przeskoków, ławko-huśtawka, ławka typ 1 i 2 oraz piłkochwyt, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp,), wraz z jednoznacznym podaniem marki/typu/modelu/symbolu itp. i producenta/ów pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanych poszczególnych urządzeń i elementów".

W tej sytuacji w ocenie Izby oświadczenie zawarte w karcie katalogowej producenta Piotruś Pan M., iż oferowany produkt jest produktem równoważnym do produktu scharakteryzowanego i zwizualizowanego w SWZ, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.) z uwzględnieniem dopuszczalnej tolerancji +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów, lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji). Ponadto urządzenie równoważne zachowuje proporcje zgodne ze wzorem podanym w SWZ.

Również podnoszona na rozprawie okoliczność przez Zamawiającego braku zagwarantowania, że Linarium ma formę kopuły nie potwierdza się wobec zapisu w karcie złożonej na wezwanie Zamawiającego, w której znajduje się zapis

”Urządzenie do wspinania w formie kopuły”.

Podsumowując, Odwołujący w przedłożonej karcie katalogowej Linarium wraz z jego wizualizacją zawarł również ściankę wspinaczkową, jak również wszystkie pozostałe, wymagane przez Zamawiającego funkcje urządzenia, w tym opis sposobu montażu Linarium do podłoża.

Reasumując, wskazane dokumenty w SWZ na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń na plac zabaw, począwszy od kart katalogowych po oświadczenia producenta są na tyle nieprecyzyjne co do wymaganych w nich treści, że oświadczenie producenta Linarium o zgodności z SWZ, zawarte w karcie katalogowej Piotrus Pan M., spełniają wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia. Powyższe Izba również stwierdza co dospełnienia równoważności, wobec podnoszonej na rozprawie dodatkowo argumentacji przez Zamawiającego, że produkt równoważny powinien mieć umieszczoną ściankę wspinaczkową i śrubę obok siebie. Bowiem Zamawiający nie wykazał, że w SWZ znajduje się takie zastrzeżenie dla spełnienia wymogu równoważności urządzenia Linarium to jest, że dla spełnienia wymogu równoważności śruba i ścianka wspinaczkowa muszą być zaprojektowane obok siebie.

Na marginesie Izba odnosząc się do opisu równoważności pkt 10.16 SWZ:

> 10.16.Zastosowane ewentualnie przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej wskazania pochodzenia technologii lub wyrobów służą określeniu wzorcowych standardów cech technicznych i jakościowych oraz funkcjonalnych, jak i formy architektonicznej i estetyki. Zamawiający zaznacza, iż użyte ewentualnie w SWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych technologii lub wyrobów, tj. typów, modeli, systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter przykładowy i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne, funkcjonalne, jakościowe, użytkowe, estetyczne, kolorystyczne itp. wymienione w SWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność, załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne lub technologiczne, jak i przedstawiając formę architektoniczną i estetykę. Ponadto, jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych pociąga za sobą konieczność dokonania zmian projektowych w dokumentacji (załączonej do SWZ), Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dokumentacji zamiennej uwzględniającej wprowadzone zmiany na koszt własny i uzyskania jej akceptacji przez Zamawiającego, oraz w razie konieczności uzyskania również niezbędnych uzgodnień (zezwoleń, pozwoleń, itp.) lub decyzji odpowiednich instytucji, podmiotów i organów administracyjnych. Przy oferowaniu technologii lub wyrobów innych niż opisane w SWZ, Wykonawca musi wykazać szczegółowo w treści oferty ich równoważność z warunkami i wymaganiami opisanymi w SWZ, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty jego szczegółowe opisy techniczne i funkcjonalne lub technologiczne, jak i formę architektoniczną i estetykę, pozwalające na ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z SWZ. W szczególności wymaga się od Wykonawcy podania nazwy, producenta, typu lub modelu oferowanego wyrobu oraz opisu jego właściwości technicznych, funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, architektonicznych, estetycznych itp., jak i technologicznych (kompletne karty produktowe, karty charakterystyki, karty materiałowe, prospekty, katalogi, foldery, oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp.). Zamawiający dopuszcza tolerancję +/- 15% w stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji) traktowanych w zależności od danego parametru podanego w SWZ jako wymaganie minimalne albo maksymalne, przy czym zmienione parametry (rozmiary, wymiary lub obliczenia) proponowane jako rozwiązanie równoważne muszą mieścić się w powyższych zakresach (minimalnych albo maksymalnych) określonych w SWZ, a ponadto zachowywać proporcję zgodną ze wzorem, w stosunku do wszystkich rozmiarów, wymiarów lub obliczeń danego wyrobu, założeń lub funkcji.”

stwierdza, że opis ten pozwala na dowolność i uznaniowość po stronie Zamawiającego co do oceny równoważności bądź braku równoważności oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp, w związku ze stwierdzeniem przez Zamawiającego podstawy do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności w zakresie parametrów Linarium ze Specyfikacją Warunków Zamówienia. Odwołujący wykazał, że oferowane Linarium nie ma braku ścianki wspinaczkowej oraz nie ma braku opisu sposobu montażu do podłoża.

Również Odwołujący wykazał, że oferowany drążek do przewrotów spełnia wymogi SWZ i tak w odwołaniu wskazał: drążek do przewrotów - Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił kartę katalogową w której wyraźnie zaznaczył kolorystykę i sposób posadowienia drążka do przewrotów: „Słupy stalowe galwanizowane i malowane proszkowo no kolor RAL 6027(miętowy), na str. 2 odpowiedzi Odwołujący podał sposób galwanizacji zewnętrznej i wewnętrznej drążków. Posadowienie: Przedłużony element do zabetonowania śr. 20 cm h- 60 cm (3x) - 100 cm poniżej poziomu gruntu"

Wskazany sposób posadowienia i kolorystyka są całkowicie zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Projekcie Wykonawczym (na str. 21): „Słupy stalowe galwanizowane i malowane proszkowo na kolor RAL 6027(miętowy). Posadowienie: Przedłużony element do zabetonowania śr. 20 cm h- 60 cm (3x}- 100 cm poniżej poziomu gruntu"

Dodatkowo, należy podnieść, iż Zamawiający nie wymagał aby składane wraz z ofertą rysunki urządzeń odzwierciedlały ich stan rzeczywisty. Mianowicie, okoliczność tę Zamawiający potwierdził w zamieszczonych pismem z dnia 14 kwietnia 2021 r. odpowiedziach na zadawane przez Wykonawców pytania. Na zadane pytanie nr 9:

„Pytanie nr 9:

Ponieważ istnieje rozbieżność w kolorach podanych w opisie (pierścień zabezpieczający czarny) a na rysunku jest bordowy - trampolina integracyjna, uprzejmie prosimy Zamawiającego o odpowiedź czy dopuści wykonanie pierścienia trampoliny jak na rysunku w kolorze bordo?"

Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Odpowiedź nr 9:

Zamawiający informuje, iż Wykonawcy powinni kierować się opisami do załączonych zdjęć. Jednocześnie zaznacza iż rysunki, pod względem kolorystyki, nie muszą odzwierciedlać rzeczywistości. Zamawiający, nie wyraża zgody na zmianę koloru na bordowy"

Tak więc nie potwierdziła się niezgodność wskazana w zawiadomieniu o wyniku postępowania, że opis drążku do przewrotów nie zawiera sposobu montażu do podłoża oraz kolorystyki (karty katalogowe załączone do odwołania). W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp.

Izba również podziela argumentację odwołującego zawartą w odwołaniu co do zarzutu naruszenia art.253 ust.1 pkt 2 Pzp, przez brak stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. Wskazanie braków w opisie urządzeń, bez ich przypisania do wymaganych opisów w SWZ oraz złożonych dokumentów przez odwołującego stanowi naruszenie wymogu uzasadnienia faktycznego i prawnego. Izba podziela w tym zakresie następującą argumentację Odwołującego z odwołania: „Zamawiający w sposób bardzo ogólny (w kilku słowach) wskazał co w zakresie poszczególnych oferowanych przez Odwołującego urządzeń jest niezgodne z SWZ. Zabrakło natomiast wskazania w zakresie jakich zapisów SWZ ta niezgodność może mieć miejsce, Jak również których fragmentów oferty dany zarzut dotyczy. Powyższa sytuacja nie daje Odwołującemu żadnej możliwości weryfikacji zastosowanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty. Mając powyższe na uwadze, tego rodzaju praktyka Zamawiającego i nie daje się pogodzić z zasadą budowania zaufania wykonawców do zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty nie może zostać uznane za wyczerpujące, bowiem ogranicza się jedynie do ogólnego zakreślenia przez Zamawiającego obszaru niezgodności oferty Odwołującego z treścią SWZ bez odwołania się do konkretnych jej zapisów, jak również bez wskazania jakich konkretnie zapisów oferty dany zarzut dotyczy. Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.10.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2174/10: „W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny." W niniejszej sprawie w szczególności powyższa argumentacja dotyczy braku wskazania z jaka treścią postanowień SWZ oferowane urządzenia na Plac zabaw są niezgodne. Zwłaszcza w sytuacji nieprecyzyjnego i niejednoznacznego zapisu pkt 4 ppkt 4.1. SWZ co do potwierdzenia posiadania wymaganych cech, przez oferowane urządzenia.

> 1.Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a wraz z ofertą musi złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe:
> 4.1foldery lub karty katalogowe lub karty produktowe lub karty charakterystyki lub karty materiałowe lub oświadczenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, albo inne równoważne dokumenty lub oświadczenia itp. wraz z kolorowymi zdjęciami lub rysunkami potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia, w odniesieniu do typowych (produkowanych seryjnie) urządzeń i elementów, tj. karuzela integracyjna, trampolina, jednoosobowa karuzela, podwieszony rowerek, linarium, huśtawka „bocianie gniazdo", huśtawka lina, drążek do przewrotów, tyrolka, słupki do przeskoków, ławko-huśtawka, ławka typ 1 i 2 oraz piłkochwyt, spełnia wymagania opisane w SWZ (w szczególności techniczne, funkcjonalne, architektoniczne, estetyczne, materiałowe itp.), wraz z jednoznacznym podaniem marki/typu/modelu/symbolu itp. i producenta/ów pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanych poszczególnych urządzeń i elementów.
> 2.Zamawiający przewiduje możliwość wzywania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w wyznaczonym terminie, jeżeli Wykonawca ich nie złożył lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. Zamawiający odstępuje od wezwania, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych."

Reasumując odwołujący wykazał naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu, które mają wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1) i ust.3 pkt 1) i pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 13.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według złożonej faktury.

Przewodniczący: ……..