

Sygn. akt: KIO 2447/16

Sygn. akt: KIO 2460/16

WYROK

z dnia 16 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp.j., ul. Nowy Świat 30, 20-418 Lublin** (sygn. akt KIO 2447/16),
- B. w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **ZW., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "WŁOMEX", Gromadzka 30, 30-719 Kraków** (sygn. akt KIO 2460/16),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Instalbud s.c. Ł.K., S.K., Łapanów 69, 32-740 Łapanów** oraz wykonawcy **ZW., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "WŁOMEX", Gromadzka 30, 30-719 Kraków**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 2447/16)

KIO 2447/16, KIO 2460/16 1

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert obu odwołujących,
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp.j., ul. Nowy Świat 30, 20-418 Lublin** (sygn. akt KIO 2447/16) oraz wykonawcę **ZW., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "WŁOMEX", Gromadzka 30, 30-719 Kraków** (sygn. akt KIO 2460/16) tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym: kwotę **10 000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **GARDEN DESIGNERS D. i Wspólnicy sp.j., ul. Nowy Świat 30, 20-418 Lublin** (sygn. akt KIO 2447/16), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **ZW., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "WŁOMEX", Gromadzka 30, 30-719 Kraków** (sygn. akt KIO 2460/16), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

KIO 2447/16, KIO 2460/16 3

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2447/60

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (dalej „zamawiający”) na wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie budowy obiektów małej architektury określonych jako wielopokoleniowy plac zabaw, tzw. Smoczy Skwer, zlokalizowanych na terenach Parku Lotników Polskich, Parku Rzecznego Wilga i Parku Dąbie, dla ZZM w Krakowie (ogłoszenie o zamówieniu nr 334045-2016 zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 października 2016 r.) wykonawca Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z Lublina (dalej „odwołujący”) złożył odwołania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez odrzucenie, bez podania wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego, oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ i zawartym tamże wymaganiom zamawiającego, mimo zaoferowania przez odwołującego rozwiązania równoważnego i udowodnienia równoważności, co zostało dopuszczone przez zamawiającego oraz, poprzez niewykazanie przez zamawiającego szczegółowego uzasadnienia niezgodności oferty odwołującego z SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Wniósł także o zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny i treści oferty – w odniesieniu do treści oferty odwołującego zamawiający zwrócił się o jednoznaczne

KIO 2447/16, KIO 2460/16 4

wskazanie, jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane ze wskazaniem ich typu, modelu, rodzaju, producenta. Zamawiający zwrócił się także o udokumentowanie zawartych umów z dostawcą urządzeń zabawowych oraz elementów małej architektury lub ofert z dostawcą przedmiotowych urządzeń zabawowych i elementów małej architektury.

Odwołujący oświadczył, że w dniu 8 grudnia 2016 r. złożył wyjaśnienia, wskazując oferowane urządzenia zgodnie z ich oznaczeniami nadanymi przez producentów oraz dołączył oferty producentów oferowanych urządzeń.

Wskazał, że pomimo powyższego w dniu 21 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 z uwagi

na to, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty jest bardzo ogólne i nie wskazuje, w jakim zakresie treść oferty odwołującego jest niezgodna z SIWZ, ani tym bardziej w jakim zakresie nie została wykazana równoważność, tj. które z oferowanych urządzeń nie odpowiadają treści SIWZ.

Powolał się na wyrok KIO z dnia 28 października 2014 r. sygn. akt KIO 2143/14, zgodnie z którym „Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i Zamawiający uzasadnienie czynności argumentuje poprzez zacytowanie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, jednakże brak jakiegokolwiek odniesienia do tego, jak zawarte tamże treści przenoszą się na grunt niniejszej sprawy i nie sposób wywieść jakie niezgodności treści oferty Odwołującego Zamawiający wskazuje.

Odwołujący podał, że zamawiający opisał kryteria równoważności w następujący sposób: Punkt 1.8 SIWZ: „Zastosowane przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej oraz w przedmiarze robót wskazania pochodzenia wyrobów służą określeniu standardów cech technicznych i jakościowych. Zamawiający zaznacza, iż użyte w SIWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych modelu systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter wzorcowy (przykładowy) i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność łącznie z stosownymi opisami technicznymi i/lub funkcjonalnymi. Ponadto jeżeli zastosowanie

KIO 2447/16, KIO 2460/16 5

rozwiązań równoważnych pociąga za sobą konieczność dokonania zmian projektowych w dokumentacji (załączonej do SIWZ), Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dokumentacji zamienną uwzględniającej wprowadzone zmiany na koszt własny i uzyskania jej akceptacji Zamawiającego, oraz o ile to niezbędne uzyskania również uzgodnień (zezwoleń, pozwoleń, itp.) lub decyzji odpowiednich instytucji, podmiotów i organów administracyjnych”.

Uzupełnił, że w części opisowej projektu budowlanego zawarte są następujące kryteria: „Projektant zastrzega, że wszystkie podane w projekcie wzory produktów nie mają na celu naruszenia Art. 29 Ust. 3 Ustawy z dn. 29.01.2004 „Prawo Zamówień Publicznych”, a mają jedynie za zadanie sprecyzowanie oczekiwań jakościowych i technologicznych. Należy rozumieć to jako określenie wymazanych minimalnych parametrów standardów jakościowych. Użytkowych, funkcjonalnych i technicznych. Dopuszcza się zastosowanie produktów i materiałów równoważnych. Za urządzenie równoważne uznaje się takie, które posiada takie same funkcje umożliwiające zabawę, jest wykonane z materiałów oraz w jakości zgodnej z opisem zawartym w specyfikacji technicznej każdego z urządzeń zabawowych. Ciężar udowodnienia równoważności produktów w stosunku do wymogu określonego przez projektanta spoczywa na wykonawcy. Projekt podlega ochronie prawa autorskiego. Projekt nie może być: powielany, uzupełniany, przekształcany, odstąpiony bez zgody właściciela projektu. Oświadczamy, że niniejszy Projekt został wykonany zgodnie z normami PN-EN 1176:2009, PN-EN 1177:2009 oraz obowiązującymi przepisami Prawa Budowlanego i zawiera wszystkie niezbędne załączniki potrzebne do wykonania niniejszego zadania. Jako zasadę przyjmuje się wymóg, że należy przyjąć stosowanie urządzeń spełniających normy i parametry techniczne nie gorsze w zakresie parametrów technicznych, jakościowych użytkowych oraz funkcjonalnych od urządzeń wskazanych w tej dokumentacji. Wymaga się bezwzględnie zachowania parametrów jakościowych, estetycznych, materiałowych, wielkościowych (tolerancja $\pm 10\%$), kolorystycznych, technologicznych, bezpieczeństwa i gwarancji minimum zgodnych z elementami wskazanymi w projekcie. Dopuszcza się montaż urządzeń zabawowych wyłącznie o jednorodnym charakterze. Składając ofertę Oferent winien dołączyć zdjęcie urządzenia/ilustrację katalogową (w przypadku urządzenia koncepcyjnego) z techniczną informacją dotyczącą urządzenia (w tym wymiary urządzenia, wymagana strefa

funkcjonowania, wykaz materiałów z których zbudowane jest urządzenie, sposób montażu w gruncie a także wykaz funkcji danego urządzenia). Zastosowane urządzenia mogą mieć strefy funkcjonowania większe niż zastosowane, jednak nie więcej niż 5% z uwagi na ograniczoną przestrzeń placu. Wykonawca składając ofertę jest zobowiązany udowodnić, że oferowane produkty spełniają założenia projektu. Ponadto aktualne certyfikaty akredytowanych jednostek certyfikujących dla poszczególnych urządzeń zabawowych,

KIO 2447/16, KIO 2460/16 6

potwierdzające zgodność tych urządzeń z grupą normą PN-EN 1176:2009 dotyczącymi wyposażenia terenów rekreacyjno-sportowych”.

Odnosząc się do powyższego, odwołujący wyjaśnił, że przed złożeniem oferty zwrócił się o przedłożenie oferty do producenta urządzeń referencyjnych, jak również zwrócił się do innych współpracujących producentów urządzeń zabawowych o informację, czy możliwe jest wyprodukowanie urządzeń o parametrach jakościowych, wizualnych, estetycznych, materiałowych itp. oczekiwanych przez zamawiającego oraz o złożenie ofert i – wobec uzyskania pozytywnej reakcji innych producentów o możliwości wyprodukowania na potrzeby zamawiającego tak określonych urządzeń – złożył ofertę, do której dołączył zdjęcia oczekiwanych przez zamawiającego urządzeń, z zastrzeżeniem, że jest to – jak sam określił projektant – rysunek poglądowy, wzorcowy i uczynił zastrzeżenie, że realny wygląd może odbiegać od wskazanego na zdjęciu, a to z uwagi na fakt, że urządzenie zabawowe nie może naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich.

Oświadczył, że w treści oferty potwierdził, że wszystkie parametry, co do których zamawiający określił wymagania równoważności są spełnione przez projektowane urządzenie i znajdują odzwierciedlenie w realnym wyglądzie wyprodukowanego już urządzenia.

Stwierdził, że równoważność oferowanych urządzeń polega na tym że są to urządzenia zachowujące parametry określone przez zamawiającego i odpowiadające wizualnie opisanym w SIWZ, jednakże nie są produkowane przez producenta urządzeń referencyjnych.

Podniósł, że zamawiający nigdzie w treści SIWZ nie zastrzegł, że oferowane urządzenia mają być urządzeniami seryjnymi, stale produkowanymi, wobec czego dopuszczalne jest zaprojektowanie i wykonanie urządzeń specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, a nadto, że zamawiający sam określił parametry urządzeń, które mają zostać zaoferowane, a wytyczne w tym zakresie określił jako wzorcowe.

Odwołujący podniósł, że także okres gwarancji producenta i termin wykonania urządzeń przez producenta nie mogą być kwestionowane przez zamawiającego jako świadczące o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem to wykonawcy zobowiązani byli do udzielenia co najmniej 36-miesięcznej gwarancji, jak również do zaoferowania terminu wykonania zamówienia.

Podsumował, że czynność odrzucenia jego oferty jest niezgodna z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki odrzucenia wynikającej z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający nie wykazał, że doszło do popełnienia przez odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, więcej – argumenty zamawiającego oparte są co najwyżej na domniemaniach.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 7

Powołał się na wyrok KIO z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt KIO 1963/14, zgodnie z którym: „Nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a zwłaszcza jeżeli takie domniemanie dotyczy czynu popełnionego nie przez wykonawcę, a ewentualnie przez inny podmiot. Zastosowanie przepisu art 89. ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że zamawiający za podstawę faktyczną uznaje domniemane „naśladownictwo produktów”, podczas gdy przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w tym zakresie wprost wskazują na konieczność wystąpienia ściśle określonych

znamion tego czynu, aby można było danemu podmiotowi przypisać jego popełnienie.

Podał, że zgodnie z art. 13 ust. 1 powołanej wyżej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

Stwierdził, że z powyższego wynika, że do przyjęcia, iż w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 13 ust. 1 konieczne jest, aby kumulatywnie zostały spełnione następujące przesłanki:

1. musi dojść do naśladownictwa gotowego produktu,
2. naśladownictwo to musi polegać na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu,
3. powyższe działanie może wprowadzać w klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

Odwolujący stanął na stanowisku, że w niniejszym postępowaniu nie została spełniona pierwsza przesłanka, ponieważ nie można mówić o naśladownictwie produktu w rozumieniu art. 13 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy do tego naśladownictwa nie doszło, gdyż nie powstał w ogóle produkt będący rzekomą kopią oryginału.

Zauważył, że również druga przesłanka nie została spełniona, gdyż nie mamy do czynienia z czynnością naśladownictwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podał, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa deliktem nie jest naśladownictwo w ogólności, lecz tylko tzw. niewolnicze naśladownictwo. Wyjaśnił, że naśladownictwo samo w sobie jest uznawane za zjawisko pożądane.

Stwierdził, że z naśladownictwem mamy do czynienia przy przyjęciu cudzych rozwiązań w zakresie wszystkich istotnych cech wyglądu produktu (kształtu, koloru, faktury, linie krawędzi) tak, aby wprowadzić klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

Wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I Wydział Cywilny z dnia

KIO 2447/16, KIO 2460/16 8

15 czerwca 2015 r. (sygn. akt I ACa 426/14), zgodnie z którym:

„1. Bezwzględny zakaz naśladownictwa produktów wytwarzanych przez innego przedsiębiorcę prowadziły do powstania nieograniczonego żadnym terminem monopolu eksploatacji określonego rozwiązania technicznego i uniemożliwiałoby lub co najmniej utrudniałoby wchodzenie na rynek innym przedsiębiorcom, zajmującym się taką samą lub zbliżoną działalnością gospodarczą, a tym samym pozostawałoby w sprzeczności z porządkiem prawnym opartym na zasadzie wolności gospodarczej i regułach uczciwej konkurencji Wyraźne oznaczenie producenta na opakowaniu towaru lub na produkcie wprowadzanym do obrotu, wyłącza możliwość wywołania błędu zarówno co do tożsamości producenta, jak i produktu.

2. Przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) nie chronią przedsiębiorcy przed każdym pogorszeniem interesów lub nawet stratami, ale tylko wówczas, gdy są one jedynie wynikiem sprzecznych z prawem nieuczciwych działań. Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami dającymi podstawy do kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust 1 wskazanej ustawy) istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów, dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych.

3. W warunkach działalności gospodarczej nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o takie zachowanie przedsiębiorców w ich działalności gospodarczej by zapewnić niezakłócone funkcjonowanie konkurencji. Sprzeczne z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) byłoby bowiem jedynie działanie, które zagrażałoby lub naruszałoby interes innego przedsiębiorcy poprzez wprowadzenie do obrotu gospodarczego wyrobu rodzajowo tożsamego z istniejącym na rynku, jedynym tego rodzaju wyrobem innego producenta, jeżeli przyciągnięcie uwagi klientów nastąpiłoby w wyniku podobieństwa opakowań wywołującego pozytywne skojarzenia z utrwalonym w świadomości klientów wizerunkiem wyrobu wcześniej wprowadzonego.

4. Za zachowanie sprzeczne z dobrym obyczajem będzie uznawane „pasożytnicze” działanie

konkurenta polegające na tym, że uczestnik tego samego rynku korzysta z gotowego efektu pracy swego konkurenta handlowego.”

Zwrócił uwagę na ust. 2 art. 13 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym: „Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji naśladowanie cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność. Jeżeli naśladowanie cech funkcjonalnych solowego produktu wymaga uwzględnienia jego charakterystycznej formy, co może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta

KIO 2447/16, KIO 2460/16 9

lub produktu, naśladowca jest zobowiązany odpowiednio oznaczyć produkt”.

Odwołujący wskazał, że niemożliwym jest również, aby została spełniona trzecia przesłanka, gdyż odwołujący poinformował klienta – zamawiającego, kto jest producentem oferowanych przez niego urządzeń, a zatem nie ma mowy o możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd. Uzupełnił, że udostępnił zamawiającemu treść oferty producenta.

Podkreślił, że urządzenia zostaną wyprodukowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania, nie są produkowane seryjnie, co oznacza, że zamawiający jest jedynym klientem, któremu dodatkowo znana jest nazwa producenta.

Podsumował, że wobec niespełniania się żadnej z przesłanki czynu naśladownictwa, nie można mówić, że złożenie przez odwołującego oferty w przedmiotowym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując, że złożenie przez niego oferty z kwestionowanymi urządzeniami nie jest wynikiem jego umyślnego działania nastawionego na pogorszenie pozycji producenta urządzeń referencyjnych, ale jest skutkiem dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z powołaniem się na te właśnie urządzenia z jednoczesnym dopuszczeniem możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, w tym produkowanych przez innych producentów, o ile spełniają one parametry równoważności. Stąd też – w ocenie odwołującego – kwestionowanie możliwości skorzystania z zaoferowania produktów równoważnych, które ze względu na określone kryteria równoważności, nie mogą w znacznym stopniu odbiegać od produktów referencyjnych nie jest działaniem prawidłowym i zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 2460/60

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył Z.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.W. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WŁOMEX” (odwołujący II), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, poprzez:

1. uznanie, iż treść oferty odwołującego II nie odpowiada treści SIWZ, bowiem złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli w zakresie terminu wykonania zamówienia oraz terminu udzielonej gwarancji,
2. uznanie, iż nie wykazał równoważności elementów, które zobowiązał się wykonać samodzielnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
3. uznanie, że brak w ofercie podwykonawcy wykonania stolików szachowych wraz z siedziskami, pomimo zamieszczenia kart katalogowych dotyczących tychże stolików, co jest równoznaczne z tym, że odwołujący nie zobowiązał się do ich wykonania,
4. uznanie, że brak w wyjaśnieniach odwołującego II wyceny pozycji – zestaw fitness ruchowy 1 i zestawu fitness 2 w Parku Rzecznym Wilga, co oznacza, iż oferta jest

KIO 2447/16, KIO 2460/16 10

niezgodna z SIWZ.

Dodatkowo zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 577 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż oświadczenie o udzieleniu gwarancji może złożyć wyłącznie producent sprzętu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego II,
2. ponowne przeprowadzenie procesu badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego II,
3. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący II podał, że 5 grudnia 2016 r. zamawiający zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, bowiem niektóre zaproponowane przez odwołującego w ofercie ceny były o co najmniej 30% niższe od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Ponadto wskazał, że zamawiający wezwał go do wykazania rozbieżności pomiędzy wartościami wskazanymi w kosztorysie załączonym do oferty a kalkulacją przedstawioną w załączniku nr 1 do formularza ofertowego oraz do złożenia wyjaśnień treści oferty, poprzez jednoznaczne wskazanie, jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane ze wskazaniem ich typu, modelu, rodzaju i producenta.

Oświadczył, że pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. złożył wyjaśnienia, do których dołączył wstępną ofertę podwykonawcy z Bielska-Białej, jednak zamawiający 21 grudnia 2016 r. odrzucił jego ofertę oraz innych jeszcze dwóch wykonawców.

Odwołujący II podał, że uzasadniając odrzucenie jego oferty, zamawiający stwierdził, iż nie odpowiada ona treści SIWZ, ponieważ:

1. złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli w zakresie terminu wykonania zamówienia oraz terminu udzielonej gwarancji,
2. nie wykazał równoważności elementów, które zobowiązał się wykonać samodzielnie zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
3. nie zobowiązał się do wykonania stolików szachowych wraz z siedziskami,
4. w swoich wyjaśnieniach nie dokonał wyceny pozycji zestaw fitness ruchowy 1 i zestawu fitness 2 w Parku Rzeczny Wilga.

Odwołujący II podniósł, że czego innego dotyczyło wezwanie z dnia 5 grudnia 2016 r.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 11

do złożenia wyjaśnień, a na zupełnie innej podstawie odrzucono jego ofertę.

Stał na stanowisku, że wezwanie odnosiło się do zarzutu rażąco niskiej ceny, wobec czego na tym przede wszystkim skoncentrował się odwołujący II w swoich wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2016 r.

Podkreślił, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie postawił mu zarzutu zastosowania rażąco niskiej ceny, wobec czego należy uznać, że uznał w tym zakresie wyjaśnienia za rzetelne i wystarczające.

Podniósł, że w drugiej części wezwania zamawiającego do wykazania rozbieżności pomiędzy wartościami wskazanymi w kosztorysie załączonym do oferty a kalkulacją przedstawioną w załączniku nr 1 do formularza ofertowego oraz do wyjaśnienia treści oferty, poprzez jednoznaczne wskazanie, jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane, było w takim stopniu ogólnikowe, że nie był w stanie określić, jakie zastrzeżenia zamawiający miał wobec jego oferty.

Wobec powyższego, zarzuty zamawiającego w piśmie z dnia 21 grudnia 2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty niektórych wykonawców, były dla odwołującego II kompletnym zaskoczeniem, bowiem nie miał wcześniej świadomości co do tego, jaki zakres jego oferty budził wątpliwości zamawiającego,

Odnosząc się do rzekomo dwóch sprzecznych ze sobą oświadczeń woli w zakresie terminu wykonania zamówienia oraz terminu udzielonej gwarancji (bowiem do swoich wyjaśnień złożył ofertę podwykonawcy z terminem realizacji zamówienia 210 dni oraz terminem gwarancji 36 miesięcy, a w ofercie odwołujący II zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie 150 dni oraz udzielenia gwarancji w terminie 72 miesięcy), stwierdził, że zamawiający wyciągnął błędny wniosek, ponieważ oświadczenie podwykonawcy nie jest jednocześnie oświadczeniem woli odwołującego II.

Wskazał, że zgodnie z art. 60 k.c. „wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby”, wobec czego żadnego oświadczenia podwykonawcy nie można uznać za oświadczenie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta złożona odwołującemu II przez podwykonawcę miała jedynie charakter oferty wstępnej – wywodził odwołujący II – należy uznać, że wiążące dla

zamawiającego było jedynie oświadczenie odwołującego zawarte w ofercie, a dotyczące terminu wykonania przedmiotu zamówienia, jak i terminu udzielonej gwarancji.

Uzupełnił, że jeżeli podwykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 210 dni, a wykonawca w terminie 150 dni, to wszelkie ryzyko takiego zachowania ponosi wyłącznie wykonawca; do obowiązków wykonawcy należy w takich okolicznościach zapewnienie, aby jego podwykonawca wykonał przedmiot zamówienia

KIO 2447/16, KIO 2460/16 12

w terminie zaoferowanym przez wykonawcę.

Uznał, że podobnie należy potraktować oświadczenie o terminie udzielonej gwarancji – jeżeli producent sprzętu zapewnia gwarancją 36 miesięczną, nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby wykonawca zapewnił zamawiającemu dłuższy termin gwarancyjny, ponieważ wszelką odpowiedzialność z tytułu przedłużonego terminu gwarancji i tak ponosi wykonawca.

Podsumował, że w niniejszej sprawie nie ma się do czynienia z dwoma sprzecznymi ze sobą oświadczeniami woli odwołującego II, a jedynie z jednym oświadczeniem odwołującego II złożonym przez niego w ofercie.

W odniesieniu do tego, że nie wykazał równoważności elementów, które zobowiązał się wykonać samodzielnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ podniósł, że dołączył do swojej oferty oraz wyjaśnień dokumenty zawierające opis techniczny ławki parkowej dla dorosłych, ławeczki dla dzieci, kosza na śmieci, ławeczki wokół drzewa, regulaminu placu zabaw oraz stojaka na rowery, wobec czego uznał należało, że spełnił w ten sposób wymagania określone w SIWZ.

Wskazał, że zgodnie z pkt 3) „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 1.8 SIWZ *„Zamawiający zaznacza, iż użyte w SIWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych modeli, systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter wzorcowy (przykładowy) i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne”*.

Skoro, wywodził odwołujący II, przedłożył opisy techniczne, należało uznać, że wykonał obowiązki na niego nałożone.

Odnosząc się do tego, że nie zobowiązał się do wykonania stolików szachowych wraz z siedziskami, bowiem brak jest w ofercie podwykonawcy wykonania tych stolików, jak również brak jest oświadczenia odwołującego II dotyczącego samodzielnego ich wykonania, oświadczył, że do wyjaśnień dołączył karty katalogowe odnośnych stolików, czego jednak zamawiający nie uznał za wystarczające, pomimo, że w pkt 10) „Opis sposobu przygotowywania ofert” ppkt 4) SIWZ stwierdzono: *„Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy do żądania dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające z SIWZ i jej załączników w cenie oferty”*.

Podniósł, że ewentualne przeoczenie (któremu Odwołujący zaprzecza) nie powinno skutkować odrzuceniem oferty odwołującego II, ale uznaniem, iż – skoro załączył karty katalogowe odnośnych stolików – zobowiązał się do ich wykonania zgodnie z treścią SIWZ.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 13

Oświadczył, że w jego ofercie zarówno w przypadku Parku Rzecznego Wilga, jak i Parku Dąbie widnieje pozycja „Stolik szachowy z siedziskami”, natomiast w przypadku Parku Lotników Polskich widnieje pozycja „Zestaw wypoczynkowy (stoliki sz. plus el. 23 i 27)”, wobec czego należało przyjąć, że zobowiązał się do wykonania przedmiotowych stolików. Podsumował, że brak wskazania tych elementów we wstępnej ofercie podwykonawcy, załączonej do wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2016 r. nie ma żadnego znaczenia, skoro odwołujący II w ofercie zobowiązał się do ich wykonania i dołączył karty katalogowe tego sprzętu.

Dodał, że jeżeli zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do zakresu zobowiązania odwołującego II co do wykonania przedmiotowych stolików, powinien był precyzyjnie wskazać w swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 5 grudnia 2016 r., jakie ewentualne braki w ofercie odwołującego II powinny zostać uzupełnione,

Odnosząc się do braku w wyjaśnieniach wyceny pozycji fitness ruchowy 1 i zestawu fitness 2 w Parku Rzecznym Wilga, wskazał, że w złożonej ofercie w tabeli „Park Rzecznym Wilga” widnieją obie kwestionowane pozycje, natomiast w pliku excel, przesłanym przez zamawiającego jako załącznik do wezwania, w zakładce „same zabawki” w kolumnie „Wilga” nie wyszczególniono pozycji zestaw fitness ruchowy 1 i zestawu fitness 2.

Skoro zestawy nie zostały wskazane przez zamawiającego, wywodził odwołujący II – nie był zobowiązany odnieść się do tych elementów w swoich wyjaśnieniach.

Stał na stanowisku, że również fakt nie zamieszczenia tych pozycji w ofercie podwykonawcy nie oznacza, że odwołujący II nie zobowiązał się do ich wykonania, wobec jednoznacznego brzmienia treści oferty złożonej przez odwołującego.

W odniesieniu do uznania przez zamawiającego, iż oświadczenie o udzieleniu gwarancji może złożyć wyłącznie producent sprzętu (wskazał, iż zamawiający stwierdził, że oświadczenie podwykonawcy o udzieleniu gwarancji na okres 36 miesięcy jest równoznaczne z oświadczeniem odwołującego II o udzieleniu takiej gwarancji, w konsekwencji czego uznał, że odwołujący II złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli) podniósł, że zgodnie z art. 577 k.c. oświadczenie gwarancyjne składa gwarant, którym może być zarówno producent rzeczy, jak i jej sprzedawca.

Przytoczył komentarz do art. 577 k.c. pod red. K. Osajdy, 2017 rok, wyd. 14/Haladyj/Tulibacka: „Wystawcą gwarancji, tj. gwarantem, może być zarówno sprzedawca, jak i bezpośredni producent lub wytwórca przedmiotu objętego gwarancją.”

Na tej podstawie stwierdził, że zamawiający powinien był uznać, że w niniejszej sprawie, dwa podmioty złożyły dwa odrębne oświadczenia gwarancyjne, a nie, że jeden podmiot złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia o udzieleniu gwarancji.

Ponieważ, wywodził odwołujący II, dla zamawiającego istotne znaczenie mają

KIO 2447/16, KIO 2460/16 14

wyłącznie oświadczenia wykonawcy, powinien był przyjąć, że wykonawca udziela gwarancji na okres 72 miesięcy i, że to wykonawca ponosi ewentualne skutki tak : złożonego oświadczenia woli, nawet jeżeli oznaczałoby to, że jedynym zobowiązanym z tytułu gwarancji po upływie 36 miesięcy byłby odwołujący, a nie jego podwykonawca.

Podsumował, że skoro nie można mówić o sprzeczności oświadczeń woli, odrzucenie oferty odwołującego II z tej przyczyny było całkowicie bezpodstawne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 3 stycznia 2017 r., *Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego* – pismo Instalbud s.c. Ł. K., S. K. z Łapanowa z dnia 29 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2447/16), *Odpowiedzi zamawiającego na odwołania* – pismo z dnia 10 stycznia 2017 r., a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 2447/16

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego bez podania wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się (zarzut pierwszy).

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pkt 3) SIWZ to „Opis przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie z ww. punktem przedmiotem zamówienia jest budowa obiektów małej architektury tzw. Smoczy Skwer, zlokalizowanych na terenie Parku Lotników Polskich, Parku Dąbie i Parku Rzecznego Wilga. Zakres zamówienia obejmuje w szczególności dostawą i montaż obiektów małej architektury: ławki parkowe dla dorosłych, stojaki na rowery, kosze na śmieci, zestawy zabawowe, stoliki szachowe z siedziskiem, ławeczki dla dzieci.

W zakresie szczegółowego opisu wskazanych obiektów zamawiający odesłał do dokumentacji projektowej odnoszącej się do poszczególnych parków [pkt 3), 1, 1.1.1. – 1.1.3. SIWZ].

Zgodnie z pkt. 3), 1.8. SIWZ zamawiający wyjaśnił, że zastosowane przez niego „w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej oraz w przedmiarze robót wskazania pochodzenia wyrobów służą określeniu standardów cech technicznych i jakościowych”.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 15

Zaznaczył, że „użyte w SIWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych modeli, systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter wzorcowy (przykładowy) i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne.”

W projektach budowlanych dotyczących budowy obiektów małej architektury w poszczególnych parkach, odpowiednio na stronach 24 (Park Lotników), 22 (Park Dąbie) oraz 21 (Park Wilga) zamieszczono uwagę o treści: „Projektant zastrzega, że wszystkie podane w projekcie wzory produktów nie mają na celu naruszenia Art. 29 Ust. 3 Ustawy z dn 29.01.2004 „Prawo Zamówień Publicznych”, a mają jedynie za zadanie sprecyzowanie oczekiwań jakościowych i technologicznych. Należy rozumieć to jako określenie minimalnych parametrów standardów jakościowych, użytkowych, funkcjonalnych i technicznych. Dopuszcza się zastosowanie produktów i materiałów równoważnych. Za urządzenie równoważne uznaje się takie, które posiada takie same funkcje umożliwiające zabawę, jest wykonane z materiałów oraz w jakości zgodnej z opisem zawartym w specyfikacji technicznej każdego z urządzeń zabawowych.

Jako zasadę przyjmuje się wymóg, że należy przyjąć stosowanie urządzeń spełniających normy i parametry techniczne nie gorsze w zakresie parametrów technicznych, jakościowych użytkowych oraz funkcjonalnych od urządzeń wskazanych w tej dokumentacji. Wymaga się bezwzględnie zachowania parametrów jakościowych, estetycznych, materiałowych, wielkościowych (tolerancja $\pm 10\%$), kolorystycznych, technologicznych, bezpieczeństwa i gwarancji minimum zgodnych z elementami wskazanymi w projekcie”

„Składając ofertę Oferent winien dołączyć zdjęcie urządzenia/ilustrację katalogową (w przypadku urządzenia koncepcyjnego) z techniczną informacją dotyczącą urządzenia (w tym wymiary urządzenia, wymagana strefa funkcjonowania, wykaz materiałów z których zbudowane jest urządzenie, sposób montażu w gruncie a także wykaz funkcji danego urządzenia). Zastosowane urządzenia mogą mieć strefy funkcjonowania większe niż zastosowane, jednak nie więcej niż 5% z uwagi na ograniczoną przestrzeń placu.”

W pkt. 3), 4. SIWZ zamawiający wskazał, że „wykonawca (...) zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, wraz ze wskazaniem na przykład producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń”.

Odwołujący złożył ofertę, w której zadeklarował, że zamierza wykonać zamówienia

KIO 2447/16, KIO 2460/16 16

z udziałem podwykonawcy (str. 2 oferty, pkt 6 Formularza oferty), wskazując że będzie to Akant z Płońska, któremu powierzy dostawę i montaż urządzeń (str. 69 oferty).

Na stronach 71-86 oferty odwołujący zawarł:

1. „Oświadczenie dotyczące równoważności urządzeń zabawowych” – „Oświadczamy, że korzystamy z możliwości zaoferowania wyposażenia równoważnego (...). Wykonawca oświadcza w niniejszej treści złożonej oferty ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne. (...) Wszystkie oferowane urządzenia posiadają takie same funkcje umożliwiające zabawę, są wykonane z materiałów oraz w jakości zgodnej z opisem z projektu, zachowują parametry jakościowe, estetyczne, materiałowe, wielkościowe (tolerancja $\pm 10\%$), kolorystyczne, bezpieczeństwa i gwarancji minimum zgodnych z elementami wskazanymi w projekcie. Urządzenia zabawowe będą zamontowane o jednorodnym charakterze. Wygląd koncepcyjny oferowanych urządzeń jest równoważny do grafik załączonych do projektu. Strefy urządzeń zabawowych są nie większe niż 5% niż zastosowane.”

2. „Opis oferowanych elementów placu zabaw” – opis zbiorczy, nie zawierający wymiarów poszczególnych elementów.
3. Rysunki elementów placu zabaw od numeru 1 do numeru 36; na każdej stronie na dole zamieszczono informację: *„Przedstawione rysunki mają charakter poglądowy. Firma GARDEN DESIGNERS i wspólnicy zastrzega sobie, iż realny wygląd urządzeń może odbiegać od wizualizacji graficznych. Wszelkie zmiany związane są z procesem podnoszenia jakości i poprawy estetyki urządzeń”.*
4. „Oświadczenie dotyczące równoważności urządzeń fitness” – „Oświadczamy, że korzystamy z możliwości zaoferowania wyposażenia równoważnego (...). Wykonawca oświadcza w niniejszej treści złożonej oferty ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne. (...)”
5. „Opis stanowiska, cel i sposób wykorzystania poszczególnych części” dla urządzenia fitness nr 1.
6. Rysunek urządzenia nr 1. Na dole strony zamieszczono informację: *„Przedstawione rysunki mają charakter poglądowy. Firma GARDEN DESIGNERS i wspólnicy zastrzega sobie, iż realny wygląd urządzeń może odbiegać od wizualizacji graficznych. Wszelkie zmiany związane są z procesem podnoszenia jakości i poprawy estetyki urządzeń”.*
7. „Opis stanowiska, cel i sposób wykorzystania poszczególnych części” dla urządzenia nr 2.
8. Rysunek urządzenia fitness nr 2. Na dole strony zamieszczono informację: *„Przedstawione rysunki mają charakter poglądowy. Firma GARDEN DESIGNERS i wspólnicy zastrzega sobie, iż realny wygląd urządzeń może odbiegać od wizualizacji*

KIO 2447/16, KIO 2460/16 17

graficznych. Wszelkie zmiany związane są z procesem podnoszenia jakości i poprawy estetyki urządzeń”.

9. Rysunki urządzeń nr 3 i 4 z informacją na górze strony (str. 86): *„Konstrukcja wykonana ze stali ocynkowanej, malowanej”* oraz na dole strony: *„Przedstawione rysunki mają charakter poglądowy. Firma GARDEN DESIGNERS i wspólnicy zastrzega sobie, iż realny wygląd urządzeń może odbiegać od wizualizacji graficznych. Wszelkie zmiany związane są z procesem podnoszenia jakości i poprawy estetyki urządzeń”*
10. Odwołujący załączył także do oferty Kalkulację elementów smoczych skwerów (str. 44-46 oferty) oraz Kosztorys budowy smoczych skwerów – Park Wilga (str. 47-55 oferty), Kosztorys budowy smoczych skwerów – Park Dąbie (str. 56-59 oferty), Kosztorys budowy smoczych skwerów – Park Lotników (str. 60-68 oferty).

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, do wyjaśnienia ceny i treści oferty.

W odniesieniu do treści oferty zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień, poprzez „jednoznaczne wskazanie jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane, wskazując ich typ, model, rodzaj, producenta”.

Podał nadto, że „Uzyskane (...) wyjaśnienia pozwolą na ocenę czy oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom opisanych w treści SIWZ i jej załącznikach (...)”.

Pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. odwołujący złożył wyjaśnienia (zastrzegając je jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), podając – w odniesieniu do zaoferowanych urządzeń zabawowych – że „na etapie złożenia oferty załączyliśmy informację, z której wynika, że zaoferowane przez nas urządzenia zabawowe oraz urządzenia fitness będą równoważne do projektowanych”; załączył ofertę: wskazanego z nazwy producenta urządzeń zabawowych „równoważnych do projektowanych”, wskazanego z nazwy producenta urządzeń fitness „równoważnych do projektowanych”, wskazanej z nazwy firmy – dostawcy skałek wykopalskowych oraz urządzeń fitness. Nadto, poprzez ofertę pierwszego z producentów, wskazał nazwy urządzeń równoważnych.

Pismem z dnia 12 grudnia 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o podjęciu decyzji o odtajnieniu części jego oferty, tj. stron 44-88 oraz informacji zawartych

w wyjaśnieniach ceny i treści oferty, złożonych przez odwołującego w dniu 8 grudnia 2016 r. – „*odtajniono informacje dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia, zawierające opisy oferowanego przedmiotu zamówienia, elementy urządzeń zabawowych, mała architekturę*

KIO 2447/16, KIO 2460/16 18

itp.”

Zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 21 grudnia 2017 r., zgodnie z którym: „*(...) w dniu 5 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał wskazanych Wykonawców do wyjaśnienia ceny i treści oferty, a dokonana ocena udzielonych wyjaśnień oraz treści ofert wskazuje na konieczność ich odrzucenia, gdyż wymagania określone w SIWZ nie zostały spełnione, a tym samym treść ofert nie odpowiada treści SIWZ. W dniu 8 grudnia 2016 r. firma Garden Designers D. i Wspólnicy Spółka jawna udzieliła odpowiedzi na wezwanie dotyczące wyjaśnienia ceny i treści oferty. W swojej odpowiedzi Wykonawca przedstawił oferty firm, które będą wykonywać na jego rzecz urządzenia zabawowe i elementy małej architektury składające się na przedmiot zamówienia. Oferty te proponują urządzenia i elementy równoważne bazując wprost na kartach katalogowych, opisie tych elementów zawartych w dokumentacji projektowej zamieszczonej przez Zamawiającego na stronie internetowej. Dokumenty złożone wraz z ofertą i udzielonymi wyjaśnieniami są wprost przeniesione z opisów zawartych w dokumentacji projektowej oraz SIWZ, stanowią praktycznie ich wierną kopię. W piśmie skierowanym do Wykonawcy Zamawiający wezwał o: „wyjaśnienie treści oferty poprzez jednoznaczne wskazanie jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane, wskazując ich typ, model, rodzaj, producenta”. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób jednoznaczny jakie urządzenia i elementy małej architektury zaproponował, nie wykazał również na czym polega równoważność zaproponowanych urządzeń i elementów, do czego był zobowiązany zapisami treści SIWZ oraz skierowanego wezwania. Wskazać należy, iż udzielone wyjaśnienia i treść oferty nie spełnia wymagań dotyczących sposobu wykazywania równoważności swojej oferty względem oczekiwań Zamawiającego wyrażonych wprost w treści SIWZ oraz skierowanym wezwaniu, bowiem: „Aby uznać, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie podając konkretnie, jaki produkt lub produkty oferuje w zamian za jaki produkt/produkty. W braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych wżaden sposób nie można więc uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne, nawet jeśli miałby taki zamiar. Dokumentów tych przy ich braku nie można bowiem uzupełnić - stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłoby do zmiany oferty (zmiana oferowanych produktów referencyjnych na równoważne). ” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 537/16 z dnia 26 kwietnia 2016 r.). Zamawiający opierając się na treści oferty i udzielonych wyjaśnieniach nie jest w stanie stwierdzić czy oferowane elementy i urządzenia odpowiadają treści SIWZ i spełniają określone w niej wymagania techniczno - funkcjonalne i parametry (...).”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 19

Skład orzekający Izby ocenia zgodność czynności zamawiającego, w tym przypadku odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie uzasadnienia dokonania tej czynności, co zamawiający zawarł w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r.

Z postanowienia 3), 1.8. SIWZ jednoznacznie wynika, że w celu wykazania dopuszczonej przez zamawiającego równoważności oferowanych urządzeń wykonawca był zobowiązany załączyć „*stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne*”.

Zamawiający nie żądał w części zasadniczej SIWZ złożenia jakichkolwiek rysunków, zdjęć, szkiców. Natomiast w poszczególnych Projektach budowlanych projektant określił: „*Składając ofertę Oferent winien dołączyć zdjęcie urządzenia/ilustrację katalogową (w przypadku urządzenia koncepcyjnego) (...) z techniczną informacją dotyczącą urządzenia (w tym wymiary urządzenia, wymagana strefa funkcjonowania, wykaz materiałów z których*

zbudowane jest urządzenie, sposób montażu w gruncie a także wykaz funkcji danego urządzenia). Zastosowane urządzenia mogą mieć strefy funkcjonowania większe niż zastosowane, jednak nie więcej niż 5% z uwagi na ograniczona przestrzeń placu."

Wskazane postanowienie (części zasadniczej SIWZ i poszczególnych projektów) są rozbieżne.

W części zasadniczej SIWZ, tj. w pkt. 3), 1.8. SIWZ zamawiający nie określił, jak należy rozumieć „stosowne opisy”, tj. jakie informacje opisy te winny co najmniej zawierać, nie oczekiwał także załączania jakichkolwiek rysunków itp.

Natomiast zgodnie z projektami budowlanymi, na opis składać się miały co najmniej (użyto: „w tym”): *„wymiały urządzenia, wymagana strefa funkcjonowania, wykaz materiałów z których zbudowane jest urządzenie, sposób montażu w gruncie a także wykaz funkcji danego urządzenia”, a nadto wykonawca miał załączyć zdjęcie urządzenia/ilustrację katalogową (w przypadku urządzenia koncepcyjnego) (...)*”. Nadto projektant wskazał: *„Oferent winien dołączyć zdjęcie urządzenia/ilustrację katalogową (w przypadku urządzenia koncepcyjnego)”*.

Rozstrzygnięcia wymaga, wobec ewidentnej rozbieżności, który z wymogów co do zawartości opisów był dla wykonawców wiążący – ten z pkt. 3), 1.8. SIWZ, czy z ten z poszczególnych projektów budowlanych.

W ocenie składu orzekającego Izby wiążący dla wykonawców był wymóg wskazany przez zamawiającego w pkt. 3) 1.8. SIWZ, ponieważ:

- odesłanie do dokumentacji projektowej odnoszącej się do poszczególnych parków [odesłanie z pkt. 3), 1.1.1.-1.1.3. SIWZ] dotyczyło wyłącznie opisu przedmiotu

KIO 2447/16, KIO 2460/16 20

zamówienia, nie dotyczyło zaś wymogów dotyczących wykazywania równoważności urządzeń, w tym zawartości opisów technicznych, czy załączania zdjęć, rysunków itp.,

- w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu z dnia 31 października 2016 r. nr 334045-2016 zamawiający w sekcji II.4) wskazał: *„użyte w SIWZ przykłady nazw własnych produktów bądź producentów dotyczące określonych modeli, systemów, elementów, materiałów, urządzeń itp. mają jedynie charakter wzorcowy (przykładowy) i dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ, przy czym Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne.”*, a zatem zamawiający posłużył się „jedynie” treścią pkt 3), 1.8. SIWZ,
- niejednoznaczne postanowienia SIWZ (na postanowienia te składa się zarówno część zasadnicza SIWZ, jak i dokumentacja projektowa) należy interpretować na korzyść wykonawców – to zamawiający sporządzając treść SIWZ dopuścił do wystąpienia niejednoznaczności, poprzez ujęcie różnych treści dotyczących sposobu wykazywania równoważności; korzystniejsze – mniej rygorystyczne w tym przypadku jest postanowienie pkt 3), 1.8. SIWZ

Konkludując, decyzja co do „stosowności” opisów, stopnia ich szczegółowości została pozostawiona wykonawcom, ponieważ zamawiający ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że mają to być „stosowne opisy”; wykonawcy nie mieli także obowiązku załączania rysunków, zdjęć itp.

Nadto zamawiający uznał w treści pkt 3), 1.8. SIWZ, w celu wykazania równoważności, możliwość złożenia:

- opisów technicznych i funkcjonalnych (użyto „i/lub”),
- opisów technicznych (użyto „i/lub”; lub – funktor alternatywy nierozłącznej),
- opisów funkcjonalnych ((użyto „i/lub”; lub – funktor alternatywy nierozłącznej),

co prowadzić musi do wniosku, że wystarczającym było złożenie jedynie opisu technicznego, jaki i, że wystarczającym było złożenie jedynie opisu funkcjonalnego, przy czym zawartość tych opisów, o czym była mowa powyżej, nie została sprecyzowana.

Z postanowienia pkt 3), 4. SIWZ wynika, że wraz z kosztorysami uproszczonymi wykonawca miał wskazać informacje dodatkowe, którymi przykładowo mogły być (użyto „na

przykład”) informacje co do producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń.

Takie sformułowanie oczekiwań przez zamawiającego oznacza, że wykonawcy nie

KIO 2447/16, KIO 2460/16 21

byli zobowiązani do wskazania tych konkretnych informacji odnoszących się do oferowanych elementów i urządzeń, a nadto, że żądanie podania tych informacji czy to w ofertach, czy po terminie składania ofert nie znajdowało umocowania w postanowieniach SIWZ.

W dalszej kolejności podnieść należy, że zamawiający w różny sposób rozumiał równoważność”:

- rozwiązania równoważne to takie, „które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ” – pkt 3).1.8. SIWZ,
- „Za urządzenie równoważne uznaje się takie, które posiada takie same funkcje umożliwiające zabawę, jest wykonane z materiałów oraz w jakości zgodnej z opisem zawartym w specyfikacji technicznej każdego z urządzeń zabawowych – odpowiednio strony 24,22 i 21 poszczególnych projektów budowlanych,
- „Wymaga się bezwzględnie zachowania parametrów jakościowych, estetycznych, materiałowych, wielkościowych (tolerancja $\pm 10\%$), kolorystycznych, technologicznych, bezpieczeństwa i gwarancji minimum zgodnych z elementami wskazanymi w projekcie” – odpowiednio strony 24, 22 i 21 poszczególnych projektów budowlanych.

Ponownie stwierdzić należy, że wskazane postanowienie są rozbieżne (w tym przypadku także wewnętrznie sprzeczne są postanowienia zawarte w poszczególnych projektach budowlanych, gdzie z jednej strony mowa o urządzeniach równoważnych jako tych, które posiadają takie same funkcje umożliwiające zabawę, są wykonane z materiałów oraz w jakości zgodnej z opisem zawartym w specyfikacji technicznej każdego z urządzeń zabawowych, z drugiej mowa o obowiązku bezwzględnego zachowania parametrów jakościowych, materiałowych, wielkościowych (tolerancja $\pm 10\%$), estetycznych, kolorystycznych, zgodnych bezpieczeństwa i gwarancji minimum technologicznych, z elementami wskazanymi w projekcie) i ponownie uznać należy, że wiążące jest rozumienie równoważności wskazane przez zamawiającego w pkt. 3).1.8. SIWZ z poniższych powodów:

- odesłanie do dokumentacji projektowej odnoszącej się do poszczególnych parków [odesłanie z pkt. 3), 1.1.1.-1.1.3. SIWZ] dotyczyło wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia, nie dotyczyło zaś wymogów dotyczących sposobu rozumienia równoważności urządzeń,
- w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu z dnia 31 października 2016 r. nr 334045-2016 zamawiający w sekcji II.4) wskazał: „dopuszczone jest składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne, które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ”, a zatem zamawiający posłużył się treścią pkt 3), 1.8. SIWZ,
- niejednoznaczności postanowień SIWZ wymagających interpretacji na korzyść

KIO 2447/16, KIO 2460/16 22

wykonawcy.

Oceny wymagałoby, czy rozumienie rozwiązań równoważnych jako takich, „które spełniają wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne wymienione w SIWZ” [pkt 3).1.8. SIWZ], nie oznacza, że pomimo formalnego wyartykułowania dopuszczalności składania ofert równoważnych zamawiający możliwości tej w istocie nie dopuścił. Oceny wymagałoby także, czy zamawiający nie zrównał przedmiotu, jaki może zaoferować wykonawca z przedmiotem przez siebie opisanym, w odniesieniu do którego, jak sam wskazał w SIWZ w pkt. 3), 1.8., posłużył się „nazwami własnymi produktów bądź producentów”.

Kwestia ta dotyczy jednak oceny zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Pzp, w szczególności zgodności z art. 29 ust. 1 – 3 i pozostaje poza oceną Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ponieważ zarzuty takie nie pojawiły się i, ze względu na upływ terminu do składania odwołań na treść SIWZ, pojawić się na tym etapie postępowania skutecznie nie mogły.

Dokonawszy powyższych ustaleń, skład orzekający Izby przechodzi do oceny zgodności z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że oferty firm, które mają wykonywać równoważne urządzenia zabawowe i elementy małej architektury składające się na przedmiot zamówienia (złożone na wezwanie zamawiającego) bazują „wprost na kartach katalogowych, opisie tych elementów zawartych w dokumentacji projektowej zamieszczonej przez zamawiającego na stronie internetowej” oraz „dokumenty złożone wraz z ofertą i udzielonymi wyjaśnieniami są wprost przeniesione z opisów zawartych w dokumentacji projektowej oraz SIWZ, stanowiąc praktycznie ich wierną kopię”.

Zamawiający nie podał jednak w odniesieniu do których urządzeń zabawowych, czy elementów małej architektury odwołujący bazował na kartach katalogowych, w odniesieniu do których bazował na opisach zawartych w dokumentacji projektowej zamieszczonej na stronie internetowej, w odniesieniu do których bazował na opisach zawartych w dokumentacji projektowej oraz SIWZ, a przede wszystkim, z którym postanowieniem/postanowieniami SIWZ taki sposób opisu oferowanego przedmiotu zamówienia był niezgodny.

Podkreślenia wymaga, jak wskazywano powyżej, że zamawiający decyduje co do „stosowności” opisów, stopnia ich szczegółowości pozostawił wykonawcom. Co więcej, możliwym było także złożenie wyłącznie opisów funkcjonalnych, na podstawie których ocena jakichkolwiek parametrów technicznych wydaje się co najmniej wątpliwa.

Zamawiający zarzucił także odwołującemu, że nie wykazał on „w sposób jednoznaczny

KIO 2447/16, KIO 2460/16 23

jakie urządzenia i elementy małej architektury zaproponował, do czego był zobowiązany zapisami SIWZ oraz skierowanego wezwania”.

Zamawiający nie podał jednak, na czym ów brak jednoznaczności w ofercie odwołującego polega i dlaczego wątpliwości, które dostrzegł nie mógł wyjaśnić z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wskazał także i w tym przypadku postanowienia/postanowień SIWZ, na które – co do obowiązku wskazania przez wykonawcę, jakie urządzenia i elementy małej architektury zaoferował – powołał się w uzasadnieniu.

Podkreślenia wymaga, jak wskazywano powyżej, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazania informacji odnoszących się do producenta/ów, typów, numerów katalogowych, a nadto, że decyduje co do „stosowności” opisów, stopnia ich szczegółowości zamawiający pozostawił wykonawcom.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający w zawiadomieniu przyznał, że odwołujący przedstawił oferty firm, które będą wykonywać urządzenia zabawowe i elementy małej architektury oraz ich opisy (abstrahując od zastrzeżeń zamawiającego co do tych opisów), stąd wiedza, co jest oferowane jest możliwe.

Zamawiający zarzucił wreszcie odwołującemu, że „opierając się na treści oferty i udzielonych wyjaśnieniach nie jest w stanie stwierdzić czy oferowane elementy i urządzenia odpowiadają treści SIWZ i spełniają określone w niej wymagania techniczno-funkcjonalne i parametry”.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe zdanie stanowi swego rodzaju ocenę opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu treści SIWZ.

Skoro bowiem zamawiający nie jest w stanie wskazać niezgodności treści oferty odwołującego z konkretnymi treściami SIWZ i nie jest w stanie ocenić zgodności oferowanego przedmiotu z opisem w SIWZ, to źródłem tej niemożności są postanowienia SIWZ lub nieudolność zamawiającego w prezentacji przyczyn odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie składu orzekającego to przede wszystkim opracowana przez zamawiającego SIWZ zawiera sprzeczne ze sobą postanowienia, powodujące, że ocena ofert przez zamawiającego narażona jest na trudności.

Zamawiający dodatkowo zarzucił odwołującemu, że „w załączonych ofertach dostawców brak podania terminu ich wykonania oraz oferowanego okresu gwarancji”.

Oczekiwanie zamawiającego, aby w załączonych ofertach dostawców podano termin wykonania urządzeń i elementów małej architektury oraz oferowanego okresu gwarancji jest bezpodstawne w świetle postanowień SIWZ, a i zbędne, ponieważ oświadczenie w zakresie

terminu wykonania zamówienia i okresu udzielonej gwarancji stanowiło element oferty – oświadczenia woli wykonawcy. Wykonawcy składali je w ramach Formularza ofertowego pkt 2

KIO 2447/16, KIO 2460/16 24

i 3, a zamawiający nie twierdził, iżby oświadczeń tych odwołujący w swoim Formularzu oferty nie złożył.

Reasumując, w świetle wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r. powodów odrzucenia oferty odwołującego, stwierdzić należy, że odrzucenie to nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. a art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego, mimo iż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 21 grudnia 2017 r, zgodnie z którym: „W ocenie Zamawiającego jednoznacznie należy stwierdzić, iż złożenie oferty przez tego Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zauważyć należy, iż w świetle art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 153 1503, z późn. zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie towarów i naśladownictwo produktów. Natomiast w świetle art. 10 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Ponadto norma ust. 1 art. 13 powołanej ustawy stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Złożona przez Wykonawcę oferta oraz wyjaśnienia zawierają opisy i rysunki większości oferowanych urządzeń i elementów praktycznie tożsamy z udostępnionymi i ujawnionymi przez Zamawiającego w SIWZ i jej załącznikach, a w szczególności w dokumentacji projektowej. Opis urządzeń i elementów, ich rysunki i wymiary zamieszczone w ofercie i wyjaśnieniach są wprost przeniesione (skopiowane) z treści SIWZ i jej załączników. Mając na uwadze powyższe, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) powołanej ustawy jest w pełni uzasadnione, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powołanych przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

KIO 2447/16, KIO 2460/16 25

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ocenia zgodność czynności zamawiającego, w tym przypadku odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie uzasadnienia dokonania tej czynności, co zamawiający zawarł w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r.

Uzasadnienie zamawiającego sprowadza się do przywołania treści art. 3, art. 10 ust. 1 oraz art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz stwierdzenia: „złożona przez Wykonawcę oferta oraz wyjaśnienia zawierają opisy i rysunki większości oferowanych urządzeń i elementów praktycznie tożsamy z udostępnionymi i ujawnionymi przez Zamawiającego w SIWZ i jej załącznikach, a w szczególności w dokumentacji projektowej”.

Stwierdzić należy, że zamawiający nie uzasadnił dlaczego złożenie oferty przez odwołującego uznał za czyn nieuczciwej konkurencji.

Podał co prawda, że chodzi o ujęcie w ofercie odwołującego opisów i rysunków większości oferowanych urządzeń i elementów praktycznie tożsamy z udostępnionymi i ujawnionymi przez Zamawiającego w SIWZ i jej załącznikach, a w szczególności

w dokumentacji projektowej, jednak nie sprecyzował, które opisy z oferty odwołującego są tożsame z „opisami zamawiającego”, które rysunki z oferty odwołującego są tożsame z „rysunkami zamawiającego”, na czym w tym przypadku polega sprzeczność z prawem (czyim prawem), czy dobrymi obyczajami i na czym polega zagrożenie lub naruszenie interesów innego przedsiębiorcy lub klienta (zamawiającego ?).

Nie podał także zamawiający czy chodzi o wprowadzające w błąd oznaczenie towarów, o naśladownictwo, o a jeśli o wprowadzające w błąd oznaczenie towarów to w odniesieniu do czego to nastąpiło (błąd co do pochodzenia, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji, czy innych istotnych cech towaru).

Biorąc pod uwagę konsekwencje odrzucenia oferty wykonawcy, tj. pozbawienie wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia powody odrzucenia oferty winny być jasne, adekwatne do wskazanej podstawy prawnej odrzucenia i na tyle konkretne, aby dawały wykonawcy szansę na podjęcie, w ramach odwołania, polemiki z argumentacją zamawiającego. Tymczasem zawiadomienie zamawiającego z dnia 21 grudnia 2016 r. nie wiązało w żaden sposób podanych jako naruszone przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze złożoną przez odwołującego ofertą.

Skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić powodów odrzucenia oferty odwołującego

KIO 2447/16, KIO 2460/16 26

wskazanych przez zamawiającego w *Odpowiedzi na odwołanie* (m.in. „ (...) poprzez złożenie oferty doszło do naruszenia praw autorskich, co samo w sobie przesądza o złożeniu oferty z naruszeniem przepisów o uczciwym obrocie gospodarczym, albowiem czyn tego rodzaju mieści się w katalogu określonym treścią art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...),” *powielenie materiałów udostępnionych przez Zamawiającego, a chronionych prawem autorskim albo prawem własności intelektualnej w postaci prawa z rejestracji wzoru przemysłowego*”), ponieważ takie uzasadnienie nie legło u podstaw odrzucenia oferty odwołującego, o którym zamawiający zawiadomił odwołującego w dniu 21 grudnia 2016 r., a jedynie ta czynność i przypisane jej uzasadnienie stanowić mogło ocenę przez skład orzekający Izby zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (odwołujący, składając odwołanie nie znał innego uzasadnienia niż to z 21 grudnia 2016 r.).

Skład orzekający Izby, ze względu na wskazane w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r. przyczyny odrzucenia oferty odwołującego (brak odniesienia do praw autorskich, praw własności intelektualnej), za nieprzydatne uznał materiały ze stron internetowych oraz oświadczeń podwykonawców złożone przez odwołującego na rozprawie.

Reasumując, w świetle wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r. powodów odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że uzasadnienie to nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. a art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że rozprawa przed Izbą nie stanowi kontynuacji czynności badania i oceny ofert i w jej toku zamawiający nie może formułować nowych przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Sygn. akt KIO 2460/16

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego II z tego powodu, że złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli w zakresie terminu udzielonej gwarancji skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zamawiający w *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo z dnia 10 stycznia 2017 r.) uwzględnił ten zarzut, wobec czego skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut – jako niesporny – bez rozpoznania.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego II z tego powodu, że złożył dwa sprzeczne ze

sobą oświadczenia woli w zakresie terminu wykonania zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Formularzu oferty w pkt. 2 odwołujący II oświadczył, że zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia w terminie 150 dni od dnia zawarcia umowy, zaś w pkt. 6 oświadczył, że wykonanie zamówienia zamierza wykonać z udziałem podwykonawcy – mmcite4 Sp. z o.o.

Pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, do wyjaśnienia ceny i treści oferty.

W odniesieniu do treści oferty zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień, poprzez „jednoznaczne wskazanie jakie urządzenia zabawowe oraz elementy małej architektury zostały zaoferowane w treści oferty i mają być zamontowane, wskazując ich typ, model, rodzaj, producenta”.

Podał nadto, że „Uzyskane (...) wyjaśnienia pozwolą na ocenę czy oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom opisanych w treści SIWZ i jej załącznikach (...)”.

Pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, wskazując, iż składa je w wykonaniu wezwania z dnia 5 grudnia 2016 r. odnośnie do rażąco niskiej ceny.

Załączył złożoną mu ofertę na dostawę elementów placów zabaw firmy mmcite4 Sp. z o.o. z Bielska-Białej z 24 listopada 2016 r., w której wskazana firma podała także: „termin realizacji zamówienia: 210 dni”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego II zamawiający wskazał: „W odpowiedzi udzielonej w dniu 7 grudnia 2016 r. (...) Wykonawca załączył ofertę na dostawę elementów placów zabaw firmy mmcite Sp. z o.o. z terminem realizacji 210 dni (...). W ofercie zaś Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również tych elementów, w terminie 150 dni (...). W związku z powyższym Zamawiający wskazuje na rozbieżność i złożenie przez Wykonawcę dwóch wzajemnie sprzecznych oświadczeń woli, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Po pierwsze, co podnosił już odwołujący II w odwołaniu, oświadczenie woli podwykonawcy (mmcite 4 Sp. z o.o. z Bielska Białej) nie jest oświadczeniem woli odwołującego. Faktu tego w żadnym razie nie zmienia okoliczność, że odwołujący II zapoznał zamawiającego z warunkami oferty, jaką w dniu 24 listopada 2016 r. otrzymał od

podwykonawcy, poprzez jej załączenie do wyjaśnień złożonych w związku z podejrzeniem przez zamawiającego złożenia przez odwołującego II oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Załączona przez odwołującego II oferta podwykonawcy miała jedynie służyć wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny.

Oświadczenie woli jednego podmiotu (podwykonawcy) złożone drugiemu podmiotowi (odwołującemu II) „nie ingeruje”, „nie unicestwia” oświadczenie złożonego przez drugi podmiot podmiotowi trzeciemu (zamawiającemu).

Wiążące odwołującego II wobec zamawiającego jest wyłącznie jego oświadczenie złożone w ofercie, tj. zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 150 dni od dnia zawarcia umowy.

Po drugie, przyjęcie przez zamawiającego, iż odwołujący II w wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2016 r. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w innym niż wskazany w ofercie terminie oznaczałoby dopuszczenie przez zamawiającego zmiany treści oferty po terminie składania ofert (zmiana terminu wykonania przedmiotu zamówienia ze 150 na 210 dni), co byłoby wprost sprzeczne z zakazem zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert (co wynika a contrario z przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp: „Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.”).

Po trzecie, skierowana do odwołującego II oferta podwykonawcy z dnia 24 listopada 2016 r. mogła podlegać, już po tej dacie, a przed upływem terminu składania ofert, dalszym negocjacjom między stronami (odwołujący II zainteresowanymi i podwykonawcą) w szczególności w zakresie skrócenia terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał odwołujący II w odwołaniu (str. 5, ostatni akapit) oferta mu złożona miała charakter oferty wstępnej.

Po czwarte, zamiar odwołującego II powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia wskazanemu podwykonawcy może nie zostać zrealizowany, np. w sytuacji zaistnienia przeszkód po stronie tegoż podwykonawcy, wobec czego termin wykonania zamówienia będzie musiał zostać przez odwołującego II wynegocjowany z nowym podwykonawcą.

Po piąte, niedotrzymanie przez odwołującego II zaoferowanego terminu wykonania przedmiotu zamówienia naraziłoby tego wykonawcę na zapłatę kar umownych zgodnie z § 10 *Kary umowne* (wzór umowy), co stanowi zawsze ryzyko wykonawcy.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający mógł zwrócić się do

KIO 2447/16, KIO 2460/16 29

odwołującego II, z zastosowaniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zaoferowanego 150 dniowego terminu wykonania przedmiotu zamówienia w kontekście oferty podwykonawcy wskazującemu odwołującemu II inny, dłuższy termin niż zaoferowany przez odwołującego II zamawiającemu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego II z tego powodu, że nie wykazał równoważności elementów, które zobowiązał się wykonać samodzielnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego II z tego powodu, że „Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wskazuje, iż pewne elementy małej architektury wyprodukuje samodzielnie (...): ławki parkowe dla dorosłych, ławeczki dla dzieci, kosze na śmieci, ławki wokół drzew, regulaminy placów zabaw oraz stojaki do rowerów. Wykonawca oświadczył również, iż przedmioty małej architektury zostaną wykonane samodzielnie w siedzibie Wykonawcy „zgodnie ze wzorem załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz projektu. Natomiast w treści oferty i złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał w żaden sposób równoważności oferowanych elementów, które zadeklarował samodzielnie.”

Zamawiający przywołał także postanowienia pkt 3),4 SIWZ, zgodnie z którym m.in. „Wykonawca (...) zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, wraz ze wskazaniem na przykład producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń”. (...) Wykonawca nie załączył wymaganych dokumentów w stosunku do małej architektury, którą zobowiązał się wykonać samodzielnie.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego II sprowadza się do tego, że odwołujący II nie wykazał równoważności: ławek parkowych dla dorosłych, ławeczek dla dzieci, koszy na śmieci, ławek wokół drzew, regulaminów placów zabaw oraz stojaków do rowerów, które zadeklarował wykonać samodzielnie, ponieważ ani do oferty, ani do wyjaśnień nie załączył dokumentów, o których mowa w pkt 3),4 SIWZ, tj. *kosztorysów uproszczonych plus zestawienia materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi*

KIO 2447/16, KIO 2460/16 30

podstawę do wykonania kosztorysów, wraz ze wskazaniem na przykład producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń”.

Skoro zamawiający uznał, że odwołujący II zaoferował w odniesieniu do ławek parkowych dla dorosłych, ławeczek dla dzieci, koszy na śmieci, ławek wokół drzew, regulaminów placów zabaw oraz stojaków do rowerów rozwiązania równoważne, to dla oceny, czy rzeczywiście są to rozwiązania równoważne winien sięgnąć po te postanowienia SIWZ, które wykazania równoważności dotyczą. Postanowieniem tym nie jest pkt 3), 4 SIWZ, ale pkt 3)1.8. SIWZ, zgodnie z którym: „(...) Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty ich równoważność, załączając stosowne opisy techniczne i/lub funkcjonalne”.

Z przyczyn, które wskazano powyżej w odniesieniu do zarzutu pierwszego z odwołania o sygn. akt KIO 2447/16 to właśnie pkt 3) 1.8. SIWZ był wiążący dla wykonawców.

Oznacza to, że w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych (niezależnie od tego, kto wykona dany element: wykonawca czy podwykonawca) odwołujący II miał obowiązek załączyć opisy *techniczne i/lub funkcjonalne*.

Jednak powodem odrzucenia oferty odwołującego II był brak innych dokumentów, tj. kosztorysów uproszczonych plus zestawienia materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, wraz ze wskazaniem na przykład producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że dokumenty te zostały załączone do oferty odwołującego II. I tak: kosztorysy w odniesieniu do poszczególnych parków stanowią strony 59-74 oferty odwołującego II, zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia z nośnikami cenotwórczymi stanowią strony 75-78 oferty odwołującego II.

Skład orzekający Izby ponownie wskazuje przy tym, o czym była mowa powyżej w odniesieniu do zarzutu pierwszego z odwołania o sygn. akt KIO 2447/16, że sformułowane przez zamawiającego w pkt. 3),4 SIWZ oczekiwanie [wraz z kosztorysami uproszczonymi wykonawca miał wskazać informacje dodatkowe, którymi przykładowo mogły być (użyto „na przykład”) informacje co do producenta/ów, typów, numerów katalogowych itp. oferowanych elementów i urządzeń] oznacza, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazania tych konkretnych informacji odnoszących się do oferowanych elementów i urządzeń, a żądanie podania tych informacji czy to w ofertach, czy po terminie składania ofert nie znajdowało umocowania w postanowieniach SIWZ.

Odrzucając ofertę odwołującego II, zamawiający w ogóle nie twierdził, że brak w ofercie odwołującego II opisów *technicznych i/lub funkcjonalnych* dla elementów małej architektury zadeklarowanych przez odwołującego II do samodzielnego wykonania.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 31

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził: „Odwołujący wbrew twierdzeniu zawartemu w uzasadnieniu odwołania nie przedłożył w treści oferty wymaganych opisów technicznych lub funkcjonalnych oferowanych urządzeń równoważnych, jak również ani w udzielonych wyjaśnieniach nie oświadczył, na czym ta równoważność miałaby polegać. Zamawiający zauważa, iż równoważność swojej oferty Wykonawca musi wykazać najpóźniej na etapie jej złożenia. Oznacza to, iż w praktyce po złożeniu oferty owej równoważności oferty nie można w żaden sposób uzupełnić”.

Skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić ww. okoliczności, ponieważ takie uzasadnienie nie legło u podstaw odrzucenia oferty odwołującego II, o którym zamawiający zawiadomił odwołującego II w dniu 21 grudnia 2016 r., a jedynie ta czynność i przypisane jej uzasadnienie stanowić mogło ocenę przez skład orzekający Izby zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (odwołujący II, składając odwołanie nie znał innego uzasadnienia niż to z 21 grudnia 2016 r.).

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego II z tego powodu, że brak w ofercie podwykonawcy wykonania stolików szachowych wraz z siedziskami, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Stoliki szachowe z siedziskami zostały ujęte przez odwołującego II w Kalkulacji elementów smoczych skwerów w pozycjach: 14 (Park Dąbie), 15 (Park Wilga) oraz 16 (Park Lotników Polskich), przy czym w tym ostatnim przypadku stoliki zostały ujęte w ramach zestawów wypoczynkowych [„Zestaw wypoczynkowy (stoliki sz. plus el 23 i 27)”].

Stoliki szachowe zostały także ujęte w poszczególnych kosztorysach, tj. Lp. 31 (Park Dąbie), Lp. 98 (Park Wilga) oraz 96 (Park Lotników Polskich).

Nadto stoliki szachowe zostały ujęte w zestawieniu materiałów, tj. Lp. 31 (Park Dąbie), Lp. 36 (Park Wilga) oraz Lp. 46 (Park Lotników Polskich).

W wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2016 r. odwołujący II wskazał, że elementy małej architektury, tj. ławka parkowa dla dorosłych, ławeczka dla dzieci, kosz na śmieci, ławka wokół drzewa, regulamin placu zabaw, stojak na rowery wykona samodzielnie.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Brak wśród wymienionych przez odwołującego II w wyjaśnieniach z dnia

KIO 2447/16, KIO 2460/16 32

7 grudnia 2016 r. elementów, stolików szachowych z siedziskami skłania do wniosku, że stoliki te zostaną wykonane przez podwykonawcę (mmcite 4 Sp. z o.o. z Bielska Białej).

Zamawiający przyznał nawet, że *„karty katalogowe, tj. opis przedmiotowych stolików jest załączony do wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2016 r., i faktycznie stanowi karty katalogowe i certyfikaty firmy mmcite Sp. z o.o.”*

Zamawiający przyjął, że o tym, że odwołujący II nie zaoferował stolików szachowych z siedziskami przesądził brak w ofercie podwykonawcy (załączonej przez odwołującego do wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2016 r.) tych stolików.

Jednak podnieść należy, że powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezgodność treści oferty wykonawcy składającego ofertę zamawiającemu z treścią SIWZ.

Tymczasem w treści oferty odwołującego II (kalkulacje, kosztorysy, zestawienie materiałów) bezspornie ujęto kwestionowane przez zamawiającego stoliki szachowe.

Stąd wniosek o niezgodności treści oferty odwołującego II z treścią SIWZ z powodu, iż stolików tych nie ujęto w ofercie podwykonawcy jest nieuzasadniony.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego II z tego powodu, że brak w wyjaśnieniach odwołującego II wyceny pozycji – zestaw fitness ruchowy 1 i zestawu fitness 2 w Parku Rzecznym Wilga, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 3),4 SIWZ zamawiający wskazał: *„Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy żądania dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające z SIWZ i jej załączników w ryczałtowej cenie oferty.”*

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego II, wskazał, że *„brak w wyjaśnieniach wyceny pozycji: zestaw fitness ruchowy 1 i zestaw ruchowy 2 w Parku Rzecznym Wilga, co potwierdza istnienie niezgodności z wymaganiami treści SIWZ.”*

Odwołujący II zestaw fitness ruchowy 1 i zestaw ruchowy 2 w Parku Rzecznym Wilga ujął w Kalkulacji elementów smoczych skwerów w pozycjach: 13 i 14 oraz w zestawieniu

KIO 2447/16, KIO 2460/16 33

materiałów, tj. Lp. 75 i 76.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Pomijając nawet fakt, że brak wyceny stanowiący podstawę odrzucenia oferty odwołującego II dotyczy oferty podwykonawcy (a nie odwołującego II) wskazać należy, że z przywołanej powyżej treści postanowienia pkt. 3) 4 SIWZ wynika, że pominięcie wyceny niektórych pozycji kosztorysowych powoduje dla wykonawcy ten skutek, że będzie on zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia w całości za wskazaną cenę.

Jednak, co wymaga podkreślenia, wykonawca taki wykona zamówienie, tyle, że bez możliwości żądania podwyższenia ceny.

Nie można wobec powyższego twierdzić, że pominięcie jakiegokolwiek pozycji kosztorysu oznacza zaoferowanie przedmiotu zamówienia w niepełnym zakresie.

Zamawiający przyjął, że o tym, że odwołujący II nie zaoferował zestawów fitness przesądził brak w ofercie podwykonawcy (załączonej przez odwołującego do wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2016 r.) wyceny tych zestawów.

Ponownie wobec tego podnieść należy, że powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezgodność treści oferty wykonawcy składającemu ofertę zamawiającemu z treścią SIWZ.

Tymczasem zamawiający nie twierdził, że zestawy te nie zostały wycenione w treści oferty odwołującego II.

Stąd wniosek o niezgodności treści oferty odwołującego II z treścią SIWZ z tego powodu, iż zestawów tych nie wyceniono w ofercie podwykonawcy jest nieuzasadniony.

Nadto wskazać należy, że zestaw fitness ruchowy 1 i zestaw ruchowy 2 w Paku Rzecznym Wilga zostały ujęte przez odwołującego II w Kalkulacji elementów smocznych skwerów w pozycjach: 13 i 14 oraz w zestawieniu materiałów, tj. Lp. 75 i 76.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że zamawiający nie odniósł się na rozprawie do argumentu odwołującego II (odwołanie ostatnia strona, drugi akapit), iż brak wyceny był konsekwencją tego, że w przesłanym odwołującemu II pliku exel (załącznik do wezwania z dnia 5 grudnia 2016 r.), w zakładce „same zabawki” w kolumnie „Wilga” nie wyszczególniono pozycji dotyczących zestawów.

Pominięcie tych pozycji zasadnie odwołujący II mógł wiązać z brakiem wątpliwości zamawiającego co do poziomu zaoferowanej ceny w tym zakresie. Wszak wezwanie zostało wystosowane na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 34

Zarzut uznania przez zamawiającego, że oświadczenie o udzielenie gwarancji może złożyć wyłącznie producent sprzętu skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

W *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo z dnia 10 stycznia 2017 r.) zamawiający uwzględnił ten zarzut, wobec czego skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut – jako niesporny – bez rozpoznania.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z jakąkolwiek czynnością zamawiającego (odwołanie wnosi się wobec czynności zamawiającego), a zarzut ten odwołujący II postawił odrębnie od zarzutu odrzucenia oferty odwołującego ze względu na złożenie przez odwołującego II dwóch sprzecznych oświadczeń woli w zakresie terminu udzielonej gwarancji.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uwzględnił oba odwołania, orzekając jak w sentencji.

Skład orzekający Izby podkreśla, że uwzględnienie obu odwołań nie oznacza, że obaj odwołujący złożyli oferty zgodne z SIWZ, ale że wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 21 grudnia 2016 r. powody ich odrzucenia nie uzasadniały dokonania takiej czynności.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał orzeczenie łączne.

KIO 2447/16, KIO 2460/16 35

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 2447/16, KIO 2460/16 36