

WYROK

Warszawa dnia 16 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 14 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez **odwołującego:** SWING B. Samojłowicz, A. Stefanowicz Sp. J. ul. Owsiana 2c, 15-837 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Miasto Augustów ul. Młyńska 35, 16- 300 Augustów

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** SWING B. Samojłowicz, A. Stefanowicz Sp. J. ul. Owsiana 2c, 15-837 Białystok

i:

- 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** SWING B. Samojłowicz, A. Stefanowicz Sp. J. ul. Owsiana 2c, 15-837 Białystok tytułem wpisu od odwołania
- 2.2.zasądza **od odwołującego:** SWING B. Samojłowicz, A. Stefanowicz Sp. J. ul. Owsiana 2c, 15-837 Białystok kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Gmina Miasto Augustów ul. Młyńska 35, 16- 300 Augustów stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn.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

Odwołanie

Odwołanie wniesione zostało od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271.13.2024 pn.: „Doposażenie placów zabaw na terenie miasta Augustowa Cz. I. Dostawa i montaż urządzenia wielofunkcyjnego ze zjeżdżalnią na placu zabaw na działce nr 1029/2 i 1034/10 obr. 2 w Augustowie”, polegających na:

- 1)odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2)zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty,
- 3)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grupa Magic Garden spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00246956/01.

Zamawiającemu przedstawiono następujące zarzuty:

- 1)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na fakt, iż w przedmiotowych środkach dowodowych brak jest informacji o długości zjeżdżalni tubowej, mimo że odwołujący został wezwany do uzupełnienia tej informacji, podczas gdy oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż Odwołujący wraz z ofertą przedłożył kartę produktu, z której wynikały parametry zjeżdżalni takie jak długość, szerokość, wysokość urządzenia, długość i szerokość strefy bezpieczeństwa i wysokość upadku, a zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazał, iż złożona karta katalogowa nie zawierała informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej, mimo że taka informacja się tam znajdowała, bez wskazania iż chodzi konkretnie o długość zjeżdżalni, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, że inne parametry i wymiary zjeżdżalni były wskazane, a długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość, a ponadto skoro wzbudziło to wątpliwości zamawiającego to w celu potwierdzenia tego parametru powinien on wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił, tylko w sposób bezpodstawny odrzucił

ofertę,

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na wadliwość złożonego przedmiotowego środka dowodowego, co powoduje niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie wymagań proceduralnych wskazanych w pkt 8.20.1. SWZ, gdyż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wszystkich elementów wykazanych w OPZ, podczas gdy parametr taki jak długość zjeżdżalni tubowej jest parametrem wynikowym i wynika z pozostałych parametrów zjeżdżalni, które zostały wskazane w karcie produktu, a zatem złożone środki dowodowe potwierdzają zgodność warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż parametr ten może mieć tylko jedną wartość, a ponadto samo twierdzenie, że w dokumentach ofertowych brakuje określonej informacji nie może być automatycznie utożsamiane z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia,

3) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie informacji o długości zjeżdżalni tubowej w celu ustalenia czy urządzenie oferowane przez Odwołującego spełnia wymagane parametry opisane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, mając na uwadze iż Odwołujący wskazał pozostałe parametry urządzenia i wobec faktu, iż długość zjeżdżalni tubowej jest parametrem wynikowym i wynika z pozostałych parametrów zjeżdżalni, co spowodowało powstanie wątpliwości po stronie Zamawiającego co do treści oferty, których rozstrzygnięcie było niezbędne do rzetelnego przeprowadzania postępowania, a mimo to odrzucił ofertę Odwołującego,

4) naruszenie art. 107 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji, która nie jest w nim zawarta, co w konsekwencji doprowadziło do niewezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, podczas gdy Zamawiający powinien dokonać takiego wezwania, biorąc pod uwagę fakt, iż nie byłoby to uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, z uwagi na fakt iż długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość, a skoro parametr ten może mieć tylko jedną wartość, to jego wskazanie nie będzie uzupełnieniem przedmiotowych środków dowodowych, a będzie potwierdzeniem zgodności z wymaganiami,

5) naruszenie art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podjęcia czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 07 czerwca 2024 r. mimo uwzględnienia zarzutów ww. odwołania przez Zamawiającego, a co za tym idzie uznania zarzutów i wniosków Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do ponownego odrzucenia oferty Odwołującego, bez wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie długości zjeżdżalni tubowej, do czego Zamawiający był zobowiązany na skutek uznania odwołania.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie długości zjeżdżalni tubowej.

Ponadto, wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na moją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od daty otrzymania zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie.

Odwołujący powołał się na prawo do wniesienia odwołania, przywołując art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem oferta przez niego złożona została odrzucona przez Zamawiającego, co spowodowało, że jego oferta nie mogła zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a co za tym idzie został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Powyższe wskazuje, iż istnieje po stronie Odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Pismem z dnia 15 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty został wskazany art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp i w zw. z pkt 8.20.1. SWZ.

Według zamawiającego, odwołujący na wezwanie, nie złożył w przewidzianym terminie prawidłowego (kompletnego) przedmiotowego środka dowodowego, tj. karty produktu z informacją o długości zjeżdżalni tubowej czym wypełnił przesłankę odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający uznał, że Wykonawca złożył ofertę, która z uwagi na wskazaną wadliwość złożonego przedmiotowego środka dowodowego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagań proceduralnych wskazanych w pkt 8.20.1. SWZ, gdyż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wszystkich elementów wykazanych w OPZ.

W ww. piśmie Zamawiający poinformował również, iż po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Grupa Magic Garden spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zdaniem Odwołującego nie zostały spełnione przesłanki do odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż oferta odwołującego została odrzucona po raz drugi w niniejszym postępowaniu. Wcześniej, pismem z dnia 05 czerwca 2024 r. Zamawiający Gmina Miasto Augustów poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty złożonej w tym postępowaniu. Jako podstawa prawna odrzucenia oferty został wtedy wskazany art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Mimo uwzględnienia odwołania w całości, a co za tym idzie uznania zarzutów i wniosków Odwołującego, Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego, bez dokonania czynności wskazanych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 552 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany był do wykonania w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W odwołaniu, Odwołujący wniósł m.in. o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie długości zjeżdżalni tubowej. Odwołujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień, a jego oferta została po raz kolejny odrzucona. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 maja 2024 r., sygn. akt KIO 1499/24 wskazała, iż „skoro Zamawiający uznał w całości zarzuty odwołania to zgodnie z art. 552 ust. 1 zd. 2 ustawy obowiązany był do wykonania w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania należy postrzegać w kategorii podzielenia przez Zamawiającego stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. To nie jest instytucja prawa pozwalająca Zamawiającemu na działania asekuracyjne, lecz postanowienia art. 552 ust. 1 ustawy jednoznacznie przewidują określone skutki czynności procesowej uwzględnienia zarzutów odwołania, jakie obowiązkowo wywołują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. KIO podkreśliła ponadto, iż „pozorność działania Zamawiającego powoduje w konsekwencji możliwość powtarzalności składania oświadczeń o uwzględnieniu odwołania, a następnie brak wykonania takiego oświadczenia o uznaniu zarzutów odwołania. Taki stan rzeczy może prowadzić do patologicznego stosowania przepisów obowiązującego prawa. Wymaga podkreślenia, że regulacja art. 522 ust. 1 p.z.p. nie ma charakteru reklamacyjnego polegającego na przyjęciu reklamacji, a następnie dopiero ocenie jej zasadności”. Niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień stanowi działanie sprzeczne z uznanym odwołaniem.

Wskazać należy, iż jako pierwszą przyczynę odwołania, Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący dołączył do oferty kartę katalogową, jednak w karcie tej brakowało informacji o zjeżdżalni tubowej, jej długości, opisie użytych materiałów poszczególnych elementów urządzenia, ilości osób korzystających z urządzenia oraz grupie wiekowej użytkowników. Z tego względu, w dniu 14.05.2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, na podst. art. 107 ust. 2 pzp. Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przesłał nową (uzupełnioną) kartę produktu, certyfikat, specyfikację produktu i dodał, iż analiza złożonej karty i specyfikacji produktu wykazała, że nadal brak jest informacji o długości zjeżdżalni tubowej. Zamawiający wskazał, iż wada ta jest na tym etapie nieusuwalna, gdyż Zamawiający z instytucji uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, o której mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp może skorzystać wyłącznie jednokrotnie, a jednocześnie Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji.

Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wbrew temu na co wskazał Zamawiający, w karcie produktu zestawu W106M, która została przedłożona Zamawiającemu wraz z ofertą, na stronie nr 2 znajduje się informacja o zjeżdżalni tubowej - Podzespół nr 30 - Zjeżdżalnia tubowa. W karcie produktu znajduje się również informacja o danych technicznych urządzenia - długość, szerokość, wysokość urządzenia, długość i szerokość strefy bezpieczeństwa i wysokość upadku. Zatem wbrew temu co twierdzi Zamawiający, wraz z ofertą została przedłożona informacja zawierająca wymiary zjeżdżalni.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedłożenia wymaganych atestów i certyfikatów wydanych przez jednostki certyfikujące (dla części I) oraz kart produktu wraz z załącznikami graficznymi urządzenia, wymiarami i opisem użytych materiałów oraz wymaganych atestów i certyfikatów (dla części II). Zamawiający wskazał, że karta katalogowa zestawu wielofunkcyjnego ze zjeżdżalnią nie zawiera

informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej, brakuje także opisu użytych materiałów poszczególnych elementów urządzenia, brak informacji o ilości osób korzystających naraz z urządzenia oraz grupie wiekowej użytkowników.

Po wezwaniu, Odwołujący przedłożył specyfikację produktu z dnia 20 maja 2024 r., gdzie na stronie 1, w opisie materiałowym został wskazany materiał, z którego zostanie wykonana zjeżdżalnia - Drążki, poręcze, ślizgi wykonane ze stali nierdzewnej oraz informacja o liczbie osób korzystających z urządzenia oraz grupie wiekowej - „Urządzenie przeznaczone dla 15 użytkowników w wieku 4-14 lat.” Odwołujący ponownie przedłożył kartę produktu, w której były wskazane wymiary zjeżdżalni.

Zatem wszystkie informacje, których wymagał Zamawiający, zostały przez Odwołującego wskazane. Przede wszystkim, Odwołujący już z ofertą przedłożył kartę produktu wraz z wymiarami urządzenia. Mając to na uwadze, wskazać należy, iż w wezwaniu nie zostało określone, że w karcie katalogowej, która znajdowała się u Zamawiającego, brak jest informacji o długości zjeżdżalni tubowej i że do Zamawiający wzywa do uzupełnienia właśnie tej informacji. W tym miejscu należy wskazać, iż długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do pozostałych parametrów, tj. wysokości urządzenia i podestów oraz długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych. Wszystkie te parametry, jak zostało wskazane powyżej, zostały wskazane w karcie produktu i spełniają one wymagania wynikające z Opisu Przedmiotu Zamówienia. W związku z tym, logicznym i oczywistym jest, iż zjeżdżalnia tubowa posiada odpowiednią długość przy pozostałych parametrach wskazanych w karcie zestawu W106M. Inaczej, zjeżdżalnia w ogóle nie mogłaby zostać skonstruowana w odpowiedni sposób przy wskazanych parametrach i nie spełniałaby swojej funkcji.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż Wykonawca na wezwanie, nie złożył w przewidzianym terminie prawidłowego (kompletnego) przedmiotowego środka dowodowego, czym wypełnił przesłankę odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, iż nie był on uprawniony do wezwania do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji, która nie jest w nim zawarta. Instytucja opisana w art. 107 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy takich sytuacji, kiedy treść przedmiotowych środków dowodowych budzi wątpliwości zamawiającego pod kątem spełniania wymagań opisanych w

Specyfikacji Warunków Zamówienia, a dotyczących wymagań, które mają zostać potwierdzone za pomocą przedkładanych przedmiotowych środków dowodowych. Tak jak zostało wskazane powyżej, długość zjeżdżalni tubowej jest parametrem wynikowym, zależnym od innych parametrów. Parametr ten może mieć tylko jedną wartość, a zatem jego wskazanie nie będzie uzupełnieniem przedmiotowych środków dowodowych, a będzie potwierdzeniem zgodności z wymaganiami. Skoro zatem budziło to wątpliwość Zamawiającego, to powinien on wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tej kwestii.

Trzeba również pamiętać, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jak wskazuje się w doktrynie, celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwiązanie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021, str. 697, www.uzp.gov.pl). W niniejszej sprawie, mimo istnienia przesłanek, postępowanie takie nie zostało przez Zamawiającego uruchomione.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO 510/11) "uprawnienie zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 1 pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy". Skoro Zamawiający powziął wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości, przed odrzuceniem oferty, wyjaśnić. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający powinien zażądać od Odwołującego wyjaśnień co do złożonej oferty, przede wszystkim w zakresie braku wskazania przez Odwołującego długości zjeżdżalni tubowej. Do tego był również zobowiązany na skutek uznania poprzedniego odwołania złożonego przez odwołującego.

Skoro oferta była dla Zamawiającego niejasna, z uwagi na brak wskazania jednego z parametrów oferowanego urządzenia, co wywołało wątpliwości po stronie Zamawiającego, powinien on, w pierwszej kolejności, wątpliwości te wyjaśnić i zwrócić się w tej kwestii do Zamawiającego.

Na marginesie wskazać należy, że Opisie Przedmiotu Zamówienia widnieje informacja, iż zjeżdżalnia tubowa ma mieć długość 360 cm. Biorąc pod uwagę zasady konstrukcyjne, niemożliwe jest, żeby przy pozostałych wskazanych parametrach, długość ślizgu wynosiła 360 cm. Z tego też względu, Odwołujący nie wskazała w ofercie tego parametru,

biorąc pod uwagę fakt, iż jest to wynikowa pozostałych wymiarów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej obowiązuje zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców (por. wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., KIO 660/15).

Kolejno wskazać należy, iż jako drugą podstawę odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż oferta, którą złożył Odwołujący była niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wszystkich elementów wykazanych w OPZ. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2022 r. sygn. akt wskazała, iż „zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. (...) Samo twierdzenie, że w dokumentach ofertowych brakuje określonej informacji nie może być automatycznie utożsamiane z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia. Aby taką niezgodność stwierdzić, należy po pierwsze ustalić czy w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia określona informacja wymagana przez Zamawiającego może być pośrednio wyinterpretowana z innych dokumentów i oświadczeń wykonawcy. Po drugie należy ustalić czy brak informacji w ofercie wykonawcy, a wymaganej postanowieniami SWZ skutkuje zaoferowaniem przez wykonawcę świadczenia niezgodnego z wymaganiami zawartymi w SWZ. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.”

Zamawiający wskazał, iż niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Wskazać należy natomiast, iż sam fakt iż parametr w postaci długości zjeżdżalni nie został przez Odwołującego wskazany, nie oznacza automatycznie, że parametr ten jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia i tym samym, że urządzenie nie spełnia wymaganych parametrów. Brak wskazania określonej informacji w ofercie jeszcze nie świadczy o tym, że Odwołujący zaoferował przedmiot niezgodny z warunkami zamówienia lub inny niż wymagany przez Zamawiającego, co skutkuje odrzuceniem oferty. Brak wskazania długości zjeżdżalni nie jest niezgodnością, tym bardziej wobec faktu, iż długość zjeżdżalni mogła zostać wyliczona i wyinterpretowana z pozostałych parametrów, które zostały przez Odwołującego wskazane w karcie produktu, a po drugie brak informacji w ofercie Odwołującego o długości zjeżdżalni nie skutkuje zaoferowaniem przez wykonawcę świadczenia niezgodnego z wymaganiami zawartymi w SWZ. Złożone środki dowodowe potwierdzają zgodność warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż parametr ten może mieć tylko jedną wartość, która jest zależna od pozostałych wymiarów. Tak jak zostało wskazane powyżej, w takim wypadku Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Odpowiedź zamawiającego

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie informuje, że nie uznaje odwołania i wnosi o jego oddalenie w całości.

UZASADNIENIE

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego podjął decyzję prawidłową, będącą jednocześnie jedyną możliwą w kontekście popełnionego przez Odwołującego uchybienia w zakresie procesu potwierdzania zgodności oferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia za pomocą przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z pkt 8.20.1. SWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wraz z ofertą przedłożyć:

- a) Karty produktu wraz z załącznikami graficznymi urządzenia, wymiarami i opisem użytych materiałów
- b) Atesty i certyfikaty wydane przez jednostki certyfikujące (produkty powinny być zgodne z normą PN-EN 1176-1:2017-12)

Przedmiotowe środki dowodowe dotyczą wszystkich elementów wykazanych w OPZ.

Z kolei zgodnie z pkt 8.20.2. SWZ, jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 8.20.1 SWZ lub są one niekompletne lub zawierają błędy, Zamawiający wezwie Wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu bez

względu na jego złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący złożył ofertę na część 1 i 2 postępowania, dołączając do niej obok wymaganych oświadczeń jedynie plik o nazwie W106M-sig, zawierający podpisaną przez Odwołującego kartę produktu „Zestaw zabawowy W106M”. Oczywistym jest, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą atestów i certyfikaty wydanych przez jednostki certyfikujące, co zresztą Odwołujący przyznał w odwołaniu.

Zgodnie z treścią Opisu przedmiotu zamówienia dla części 1, zamawiany zestaw wielofunkcyjny ze zjeżdżalnią powinien spełniać m.in. następujące parametry:

- maksymalna wys. upadku -ok. 270 cm
- wysokość - ok. 660 cm;
- szerokość - ok. 555 cm;
- długość - ok. 745 cm
- strefa bezpieczeństwa: 51 m²
- zjeżdżalnia tubowa o długości o długości 360 cm wykonana ze stali nierdzewnej
- ilość osób korzystających naraz z urządzenia - min. 5 -grupa wiekowa użytkowników - 4-14

Treść pkt 8.20.1. SWZ potwierdza, że obowiązkiem każdego oferenta było potwierdzenie wszystkich powyższych parametrów w złożonej z ofertą karcie katalogowej.

Analiza karty produktu złożonej z oferta przez Odwołującego wykazała, że nie zawiera ona informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej. Brakowało także opisu użytych materiałów poszczególnych elementów urządzenia, brak informacji o ilości osób korzystających naraz z urządzenia oraz grupie wiekowej użytkowników. Dodatkowo, jak wspomniano wyżej, stwierdzono, że Odwołujący nie złożył dla części 1 - wymaganych atestów i certyfikatów wydanych przez jednostki certyfikujące.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwaniem datowanym na 14 maja 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia/uzupełnienia ww. dokumentów (opatrzonych podpisem elektronicznym) wyznaczając termin do 21.05.2024 r. do godz. 10:00.

W wyznaczonym terminie, Odwołujący uzupełnił brakujące atesty i certyfikaty, lecz w zakresie karty katalogowej złożył dokument, którego zakres danych nadal nie potwierdzał wymaganych informacji.

W nowej karcie produktu tabela „Podzespoły” została zmieniona:

Jednocześnie ze złożonych dokumentów wynika, że urządzenie posiada następujące parametry ogólne:

- wymiary urządzenia (dł. x szer. x wys.) : 7,10 x 5,80 x 6,30 m
- strefa bezpieczeństwa: 1110 x 6,31 m
- wysokość swobodnego upadku: 2,75m
- urządzenie przeznaczone dla 15 użytkowników w wieku 4-14 lat
- konstrukcja stalowa profilu 80 X 80 mm, cynkowana ogniowo oraz malowana proszkowo,
- daszki, barierki, podesty, ścianki, burty ślizgów prostych, elementy ozdobne oraz wykończeniowe, wykonane z tworzywa HDPE,
- transparentne osłony wykonane z poliwęglanu,
- drażki, poręcze, ślizgi wykonane ze stali nierdzewnej,
- liny polipropylenowe 16 mm, w splocie stalowym z łącznikami z tworzywa sztucznego i aluminium,
- łańcuchy ze stali nierdzewnej, kalibrowane,
- śruby ze stali nierdzewnej zabezpieczone zaślepkami z tworzywa sztucznego,
- produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2017-12, PN-EN 1176-3:2017-12

Poza informacją, że zestaw zawiera zjeżdżalnię tubową, karta produktu nie wskazywała informacji o jej długości.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp podnosi, że „długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość”.

Odwołujący w ogóle nie przedstawia dowodów na poparcie tej tezy, w tym nie wskazał sposobu wyliczenia długości tej zjeżdżalni ani wyniku takiego działania. Treść odwołania potwierdza jednak, że przedmiotowy środek dowodowy nie zawiera informacji o długości zjeżdżalni tubowej.

Zamawiający wskazuje, że wymiary całego urządzenia to nie wymiary zjeżdżalni, który miał być objęty treścią przedmiotowego środka dowodowego. Karta katalogowa zawiera informacje o całkowitych wielkościach urządzenia i stref bezpieczeństwa:

W ocenie Zamawiającego nie sposób określić na podstawie przedstawionych danych jaka jest długość zjeżdżalni tubowej.

Przedmiotowy środek dowodowy ze swojej definicji służy potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót

budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Oczywistym staje się, że jeżeli Zamawiający określa konkretny parametr, który ma takim środkiem zostać potwierdzony, to treść tego środka ocenia się zero- jednokowo. Nie może być tu mowa o domniemaniach czy uprawdopodobnieniu, a o potwierdzeniu określonej wielkości, czego Odwołujący nie dopełnił. Zamawiający nie był jednocześnie uprawniony do ponownego skorzystania z art. 107 ust. 2 ustawy pzp, gdyż uprawnienie to jest jednokrotne.

Mając na uwadze powyższe, twierdzenie odwołującego o bezprawnym odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 5) ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia, co Zamawiający dokładnie uargumentował w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Argumentację tę Zamawiający oczywiście w całości podtrzymuje.

Po pierwsze, niezłożenie kompletnego przedmiotowego środka dowodowego, tj. środka, który nie odnosi się do wszystkich wymaganych parametrów, których potwierdzenia tym środkiem wymaga Zamawiający jest tożsame z niezłożeniem tego środka, a więc wprost wpisuje się w omawiany przepis.

Po drugie, na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z uwagi na wady proceduralne związane z niewłaściwym (niekompletnym) sposobem wykazania za pomocą przedmiotowych środków dowodowych zgodności oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uznał automatycznie, jak podnosi Odwołujący, że oferowany produkt ma charakterystykę niezgodną, lecz odniósł się tylko do wymagań proceduralnych, którym w sposób oczywisty Odwołujący uchybił, składając niekompletne dokumenty, pomimo precyzyjnego w tym zakresie wezwania.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu, że ten nie skorzystał z możliwości zastosowania art. 107 ust. 4 lub 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie informacji o długości zjeżdżalni tubowej w celu ustalenia czy urządzenie oferowane przez Odwołującego spełnia wymagane parametry opisane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówieni.

Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie wyjaśnienia uzyskane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp czy też art. 107 ust. 4 nie mogą prowadzić do obejścia stosowania art. 107 ust. 1 i 2 i zastąpienia treści przedmiotowego środka dowodowego wyjaśnieniami wykonawcy. Powołując się na wyrok KIO 3170/23 należy przyjąć, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji, która pierwotnie nie była w tymże dokumencie. Zatem, wyjaśnianie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może skutkować jego zmianą. Oznacza to, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych o brakującą treść, a jedynie mogą służyć wyjaśnieniu zamieszczonych w nich informacji budzących wątpliwości, które wynikają przykładowo z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Analogicznie argumentowała Izba w wyrokach KIO 277/24 oraz KIO 3895/23. W przedmiotowej sprawie, problemem nie było zrozumienie treści zawartej w przedmiotowym środku dowodowym, lecz całkowity brak tej treści.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podjęcia czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 07 czerwca 2024 r. mimo uwzględniania zarzutów ww. odwołania przez Zamawiającego, Zamawiający wskazuje, że Izba wielokrotnie wypowiadała się w tym zakresie uznając, że nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie tego przepisu nie jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania. Nawet samo naruszenie przez Zamawiającego art. 522 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przesądza automatycznie o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów (KIO 286/22).

Oznacza to, że jedynie zasadność pozostałych zarzutów może stanowić o skutkowym uznaniu za zasadny również zarzutu naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołaniem wykonawca zaskarża czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271.13.2024 pn.: „Doposażenie placów zabaw na terenie miasta Augustowa w zakresie obejmującym Cz. I. Dostawa i montaż urządzenia wielofunkcyjnego ze zjeżdżalnią na placu zabaw na działce nr 1029/2 i 1034/10 obr. 2 w Augustowie”, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty,
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00246956/01.

Zamawiającemu przedstawiono w odwołaniu następujące zarzuty:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na fakt, iż w przedmiotowych środkach dowodowych brak jest informacji o długości zjeżdżalni tubowej, mimo że odwołujący został wezwany do uzupełnienia tej informacji, podczas gdy oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż odwołujący wraz z ofertą przedłożył kartę produktu, z której wynikały parametry zjeżdżalni takie jak długość, szerokość, wysokość urządzenia, długość i szerokość strefy bezpieczeństwa i wysokość upadku, a zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazał, iż złożona karta katalogowa nie zawierała informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej, mimo że taka informacja się tam znajdowała, bez wskazania iż chodzi konkretnie o długość zjeżdżalni, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, że inne parametry i wymiary zjeżdżalni były wskazane, a długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość, a ponadto skoro wzbudziło to wątpliwości zamawiającego to w celu potwierdzenia tego parametru powinien on wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił, tylko w sposób bezpodstawny odrzucił ofertę,

W toku postępowania odwoławczego, odwołujący nie udowodnił, jak twierdzi, że z jego oferty wynika oczekiwana długość zjeżdżalni tubowej, którą w sposób jednoznaczny co do wymagań określił zamawiający na długość 360 centymetrów. Odwołujący posługuje się w postępowaniu odwoławczym tylko i wyłącznie pojęciem odpowiednia długość, nie posługując się określeniem, że długość zjeżdżalni tubowej ma długość 360 centymetrów.

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na wadliwość złożonego przedmiotowego środka dowodowego, co powoduje niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie wymagań proceduralnych wskazanych w pkt 8.20.1. swz, gdyż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wszystkich elementów wykazanych w opz, podczas gdy parametr taki jak długość zjeżdżalni tubowej jest parametrem wynikowym i wynika z pozostałych parametrów zjeżdżalni, które zostały wskazane w karcie produktu, a zatem złożone środki dowodowe potwierdzają zgodność warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż parametr ten może mieć tylko jedną wartość, a ponadto samo twierdzenie, że w dokumentach ofertowych brakuje określonej informacji nie może być automatycznie utożsamiane z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut jak powyżej nie udowodniony oraz wskazujący na próbę zaprzeczenia jednoznacznym wymaganiom zamawiającego wynikającym zarówno z ogłoszenia o zamówieniu jak i przez samego odwołującego wskazanego w swz, co do wymogu długości zjeżdżalni tubowej 360 cm., a nie długości jak to nazywa odwołujący długości wynikowej to jest z pozostałych parametrów metrycznych określonych w dokumentach postępowania. Powyższym zarzutem odwołujący usiłuje zaskarżyć jednoznacznie ustalone wymagania zamawiającego co do długości zjeżdżalni tubowej.

3) naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie informacji o długości zjeżdżalni tubowej w celu ustalenia czy urządzenie oferowane przez odwołującego spełnia wymagane parametry opisane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, mając na uwadze, że odwołujący wskazał pozostałe parametry urządzenia i wobec faktu, że długość zjeżdżalni tubowej jest parametrem wynikowym i wynika z pozostałych parametrów zjeżdżalni, co spowodowało powstanie wątpliwości po stronie zamawiającego co do treści oferty, których rozstrzygnięcie było niezbędne do rzetelnego przeprowadzania postępowania, a mimo to odrzucił ofertę odwołującego.

Zarzut bezpodstawny jak powyżej. Wbrew twierdzeniu odwołującego długość zjeżdżalni tubowej nie ma charakteru wynikowego wobec pozostałych określonych parametrów metrycznych urządzenia wielofunkcyjnego, a ma określoną jednoznacznie w swz (opz) i ogłoszeniu długość wymaganą i parametr ten miał wynikać z karty katalogowej załączonej do oferty. Długość zjeżdżalni stanowi treść oferty co do oferowanego urządzenia i skoro w ogóle nie została wskazana to nie może być przedmiotem wyjaśnień, zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający skorzystał z wezwania do uzupełnienia parametrów zjeżdżalni co do jej długości, a wykonawca nie sprostął jednoznacznie określonym wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia. Z wezwania do uzupełnienia oferty/karty katalogowej zamawiający miał prawo/obowiązek na mocy pkt 5.9. Sekcji V – kwalifikacja wykonawców – ogłoszenie o zamówieniu, w którym w myśl art. 107 ust.2 ustawy Pzp przewidziano uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. W powyższej sytuacji, braku określenia długości zjeżdżalni tubowej, pomimo wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający nie miał dyspozycji ustawowej do skorzystania z art.223 ust.1 jak i art.107 ust.4 Pzp.

4) naruszenie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że zamawiający nie jest uprawniony do wezwania do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji, która nie jest w nim zawarta, co w konsekwencji doprowadziło do niewezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień

dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, podczas gdy zamawiający powinien dokonać takiego wezwania, biorąc pod uwagę fakt, że nie byłoby to uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, z uwagi na fakt iż długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość, a skoro parametr ten może mieć tylko jedną wartość, to jego wskazanie nie będzie uzupełnieniem przedmiotowych środków dowodowych, a będzie potwierdzeniem zgodności z wymaganiami.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a nawet na rozpatrzenie, ponieważ w samej jego treści odwołujący kwestionuje na etapie po złożeniu oferty obowiązujące ustalenie w swz i ogłoszeniu o zamówieniu, że parametr metryczny długości zjeżdżalni tubowej ma charakter jednoznacznie wymagany to jest 360 cm (według opz), a nie jak wywodzi odwołujący parametr metryczny długości zjeżdżalni tubowej ma charakter wynikowy.

5) naruszenie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podjęcia czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 07 czerwca 2024 r. mimo uwzględnienia zarzutów ww. odwołania przez Zamawiającego, a co za tym idzie uznania zarzutów i wniosków odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do ponownego odrzucenia oferty odwołującego, bez wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie długości zjeżdżalni tubowej, do czego zamawiający był zobowiązany na skutek uznania odwołania.

Zarzut odwołania nieuprawniony, bezzasadny, pomimo że faktycznie zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości oraz zgodnie z 522 ust.1 ustawy Pzp, unieważnił czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, to nie oznacza, że odwołujący ma zagwarantowane prawo wyboru jego oferty, w wyniku ponownej oceny i badania jego oferty (akta sprawy KIO 2008/24 włączone w poczet materiału dowodowego – postanowienie z dnia 25 czerwca 2024r. o umorzeniu postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia odwołania). Natomiast przedmiotem badania Izby nie jest zasadność uwzględnienia odwołania na mocy art.522 ust.1 ustawy Pzp, tylko prawidłowość postępowania zamawiającego w związku z aktualnym zaskarżeniem jego czynności po uwzględnieniu odwołania.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie długości zjeżdżalni tubowej.

W powyższym stanie rzeczy to jest wobec nie uwzględnienia odwołania żądania odwołania są bezprzedmiotowe .

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zamawiający podzielił zamówienie na dwie części, a odwołanie dotyczy części I, to jest zjeżdżalni tubowej na placu zabaw dla dzieci.

Jak twierdzi w złożonym odwołaniu wykonawca, według zamawiającego „złożona karta katalogowa nie zawierała informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej, mimo że taka informacja się tam znajdowała, bez wskazania iż chodzi konkretnie o długość zjeżdżalni, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, że inne parametry i wymiary zjeżdżalni były wskazane, a długość zjeżdżalni jest parametrem wynikowym w stosunku do wysokości urządzenia i podestów, długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość, a ponadto skoro wzbudziło to wątpliwości zamawiającego to w celu potwierdzenia tego parametru powinien on wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił, tylko w sposób bezpodstawny odrzucił ofertę”.

Jak już powyżej Izba ustaliła i orzekła, odwołujący faktycznie skarży postanowienia swz, po złożeniu oferty, co jest bezpodstawnym w kontekście złożenia oferty według ustalonych postanowień zamawiającego (jednoznaczny wymóg 360 cm długości zjeżdżalni tubowej) i nie zaskarżonych przed złożeniem ofert.

Z kolei z dokumentacji postępowania, prowadzonej przez zamawiającego (akta sprawy) wynika, że w dniu 05.06.2024r. odwołujący złożył odwołanie do zamawiającego w związku z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stwierdzając, że spełnił wszystkie warunki stawiane przez zamawiającego (pismo w aktach sprawy). W piśmie odwołujący przyznał, że w wezwaniu z 14.05.2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. w tym karty produktu wraz z załącznikami graficznymi urządzenia, wymiarami i opisem użytych materiałów. Odwołujący również przyznaje, że zamawiający w wezwaniu stwierdził, że „Wykonawca wraz z ofertą złożył kartę katalogową zestawu wielofunkcyjnego ze zjeżdżalnią. Nie zawiera ona informacji dotyczącej zjeżdżalni tubowej, brakuje także opisu użytych materiałów poszczególnych elementów urządzenia, brak informacji o ilości osób korzystających naraz z urządzenia oraz grupie wiekowej użytkowników. 4) Wykonawca nie dołączył do oferty: Dla części I - wezwania tj.:

Ad 1) Kartę produktu zestawu W106M wraz z załącznikiem graficznym urządzenia i wymiarami oraz opis materiałowy.

Karta produktu W106M - w wykazie podzespołów (podzespół nr 30) zawiera informację, że produkt zawiera zjeżdżalnię

tubową.

„W dniu 05.06.2024 r. pomimo, rzetelnych i kompletnych wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5. Decyzję swoją uzasadnił:

W karcie technicznej brak jest informacji o zjeżdżalni tubowej (długość oraz materiał wykonania). W karcie technicznej zestawu W106M jest informacja o zjeżdżalni tubowej - Podzespół nr 30 — Zjeżdżalnia tubowa”.

Odwolujący w toku postępowania odwoławczego zarzuca, że „Zamawiający nie wzywał konkretnie w wezwaniu z dnia 14.05.2024 r. do podania parametru długości zjeżdżalni. Jest to parametr wynikowy w stosunku do wysokości urządzenia i podestów. Długości i szerokości urządzenia oraz stref bezpiecznych. Wszystkie te parametry spełniają wymagania OPZ, więc oczywistą konsekwencją jest to, że ślizg tubowy posiada odpowiednią długość”.

Stanowisko odwołującego sprowadza się zasadniczo do „Biorąc pod uwagę powyższe stoimy na stanowisku, że Wykonawca spełnił wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego a proponowane urządzenie spełnia wszystkie wymogi OPZ. Złożone wyjaśnienia były szczegółowe i w całości odpowiadały treści wezwania. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy pochopnie a uzasadnienie nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek uwagi odnośnie treści złożonych wyjaśnień, mógł poprosić Wykonawcę o uszczegółowienie wyjaśnień. Wnoszę o cofnięcie decyzji o wyborze najkorzystniejszego oferenta, uznanie złożonych wyjaśnień jako wystarczające, bądź wezwanie do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień”.

Izba, w toku postępowania odwoławczego dokonała następujących ustaleń.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wraz z ofertą do przedłożenia:

a)Karty produktu wraz z załącznikami graficznymi urządzenia, wymiarami i opisem użytych materiałów.(...)

Przedmiotowe środki dowodowe dotyczą wszystkich elementów wykazanych w opz. (Sekcja V – kwalifikacja wykonawców 5.8.) Wykaz przedmiotowych środków dowodowych)

Również z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że przedmiotem zamierzenia jest ustawienie obiektu małej architektury na placu zabaw: zestaw wielofunkcyjny ze zjeżdżalnią 1 sztuka, gdzie w danych metrycznych znajduje się jeden z wielu parametrów: - zjeżdżalnia tubowa o długości 360 cm wykonana ze stali nierdzewnej (Sekcja IV – przedmiot zamówienia Część 1 4.2.2.) Krótki opis przedmiotu zamówienia).

Tylko z zestawienia powyższych wymagań zamawiającego co do oferty wynika, że składając ofertę wykonawca ma obowiązek załączyć kartę katalogową, z której wynikać mają parametry wymienione powyżej to jest między innymi „długość zjeżdżalni tubowej 360 cm”. Jak wynika z materiału dowodowego sprawy to jest oferty odwołującego, jak i uzupełnień przedmiotowego środka dowodowego, na wezwanie zamawiającego oraz przebiegu postępowania odwoławczego, wykonawca nie potwierdził, że jego oferta odpowiada wymaganiom, w zakresie długości zjazdu zjeżdżalni tubowej. Nawet w toku postępowania dowodowego, odwołujący nie potwierdził, że oferowana zjeżdżalnia tubowa ma wymaganą długość zjazdu 360 centymetrów. Odwołujący w miejsce potwierdzenia długości wymaganej to jest 360 cm, posługiwał się pojęciem „długość zjeżdżalni wynikowa”, bez wskazania konkretnego jej wymiaru to jest wymaganej długości 360 centymetrów.

Odwolujący kwestionował prawidłowość to jest wezwania, które nie wskazywało, że zamawiający oczekuje podania parametru długości zjeżdżalni tubowej.

W ocenie Izby powyższa argumentacja odwołania została sformułowana na użytek procesu, a nie wyjaśnienia sprawy. Posługując się nią odwołujący usiłował wykazać, że zamawiający po pierwsze nie wzywał skutecznie do uzupełnienia parametru długości zjeżdżalni tubowej oraz po drugie zjeżdżalnia ma charakter wynikowy a nie wyznaczony postanowieniami swz ogłoszenia o zamówienia, co jest niezgodne z ustaleniami Izby.

W tym stanie rzeczy, na mocy art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00zł. na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:.....