

Sygn. akt: KIO 576/20

**WYROK**

**z dnia 26 maja 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 r. przez wykonawcę **APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 maja 85, 37-500 Jarosław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Jabłonowo Pomorskie, ul. Główna 28, 87-330 Jabłonowo Pomorskie**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 maja 85, 37-500 Jarosław i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 maja 85, 37-500 Jarosław tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

**Przewodniczący :** .....

## **Uzasadnienie**

Miasto i Gmina Jabłonowo Pomorskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obiektu rekreacyjno sportowego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w miejscowości Jabłonowo Pomorskie polegająca na budowie placu zabaw, siłowni zewnętrznej oraz zagospodarowaniu terenu na obiekcie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2020 r. pod pozycją 510928-N-2020.

W dniu 16 marca 2020 r. wykonawca APIS Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania przedsiębiorców;
2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonych referencji i oferowanych urządzeń, w tym referencji z dnia 23 września 2019 r., podczas gdy z ich treści wynikało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do wartości poszczególnych robót branżowych można było wyjaśnić poprzez wskazanie wartości robót instalacyjnych w ramach wykazu nr 3 czy też w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na zasadzie art. 26 ust. 3 do przedłożenia chociażby wykazu robót/referencji w tym zakresie, czemu Zamawiający uchybił uznając przedwcześnie ofertę Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu oraz spełnił warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności urządzeń zabawowych i urządzeń fitness z wymaganymi normami, przez co wykonawca nie mógł precyzyjnie zweryfikować, jakie kwestie budzą wątpliwości Zamawiającego, co w świetle wskazanego przepisu jest dla Zamawiającego obligatoryjne;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący wykazał, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo braku ku temu podstaw;
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez dokonanie rozszerzającej wykładni Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. rozdziału III ust. 3 i 4 SIWZ, polegającej na uznaniu, iż Zamawiający na etapie składania oferty wymagał dostarczenia certyfikatów lub deklaracji zgodności na urządzenia, podczas gdy wskazane zapisy SIWZ, a także przepisy ustawy Pzp dopuszczają ewentualne przedłożenie raportu kontrolnego przeprowadzonego przez instytucję zewnętrzną wystawionego przez akredytowaną jednostkę, potwierdzającego wymogi bezpieczeństwa zgodne z normami, a Odwołujący w piśmie z dnia 2 marca 2020 r. wprost zadeklarował, że dokona certyfikacji całego placu przez instytucję zewnętrzną akredytowaną, potwierdzając tym samym wymogi bezpieczeństwa zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego normami, co doprowadziło do błędnego uznania, iż doszło do wprowadzenia w błąd przez Odwołującego;
7. art. 30b ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wynikającego z zapisu rozdziału III ust. 3 i 4 SIWZ, podczas gdy zapis ten (a także przepisy ustawy Pzp) dopuszcza ewentualne przedłożenie raportu kontrolnego przeprowadzonego przez instytucję zewnętrzną wystawiony przez akredytowane jednostki potwierdzające wymogi bezpieczeństwa zgodne z normami, a Odwołujący w piśmie z dnia 2 marca 2020 r. wprost zadeklarował, że dokona certyfikacji całego placu przez instytucję zewnętrzną akredytowaną, potwierdzając tym samym wymogi bezpieczeństwa zgodnie z wskazanymi przez Zamawiającego normami;
8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego;
9. innych przepisów wymienionych w treści niniejszego zawiadomienia.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego z dnia 9 marca 2020 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący stwierdził, że z dokumentów przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 marca 2020 r., a to w szczególności z treści referencji Urzędu Miejskiego w Rabce - Zdroju z dnia 23 października 2019 r. wprost wynika, że Apis Polska Sp. z o.o. wykonywała budowę przyłącza sieci wodociągowej - 461 mb, jak również budowę przyłącza kanalizacji sanitarnej - 130 mb, gdzie całość inwestycji

opiewała na kwotę 8 396 277.05 PLN brutto. Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do wartości robót instalacyjnych w ramach wykazu robót nr 3, winien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia tej kwestii na zasadzie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy do złożenia wykazu robót na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - czemu Zamawiający uchybił, a swoje wątpliwości w tym zakresie bez uprzedniego ich wyjaśnienia uczynił podstawą do wykluczenia i uznania oferty wykonawcy za odrzuconą, mimo iż spełniał on warunki udziału w postępowaniu i mógł ten fakt wyjaśnić również na zasadzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyby tylko Zamawiający dał mu na to szansę.

W kwestii elementów wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej Odwołujący wskazał, że Zamawiający wzywając w tym zakresie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązany był wskazać swoje wątpliwości podlegające wyjaśnieniu przez wykonawcę w sposób jednoznaczny, czego Zamawiający nie uczynił. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2013 r., w którym stwierdzono, że Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy za brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy nie ma pewności, że warunek nie został spełniony (sygn. akt KIO 2754/13, KIO 2747/13). Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien wyjaśnić wszelkie wątpliwości, tym bardziej w sytuacji, gdy wcześniej dokonywana czynność wyjaśnienia nie dotyczyła bezpośrednio tej kwestii, a wątpliwości pojawiły się dopiero po dokonanych uprzednio wyjaśnieniach. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień wprost wyrażając, jakie okoliczności wymagają wyjaśnienia. Tymczasem Zamawiający zaniechał powyższego przedwcześnie wykluczając Odwołującego z postępowania i traktując ofertę złożoną przez Odwołującego jako odrzuconą. Odwołujący przywołał też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2017 r., sygn. akt KIO 415/17, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-936/03.

Odnosząc się do elementów wyposażenia zewnętrznej siłowni i placu zabaw – zestaw ławka i prostownik pleców, i zarzutu, że wykonawca nie podał informacji dot. max obciążenia, bowiem w kartach technicznych Odwołującego co do zasady takie informacje nie są zamieszczane Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość, to na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mógł wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Podobnie, w przypadku elementu poligon, podciąg nóg i drabinka, zestawu twister i wahadło czy zestawu integracyjnego w kształcie zamku z kolejki, jak i pozostałych urządzeń, co do których Zamawiający miał wątpliwości, a zaniechał ich wyjaśnienia. Odwołujący wyjaśnił, że od wielu lat zajmuje się produkcją tego typu urządzeń, każde z urządzeń posiada kartę

techniczną, jednakże wykonawca zamieścił na nich informacje, jego zdaniem najistotniejsze. Wobec powyższego, jeśli karty techniczne nie określały pewnych kwestii czy były mało czytelne, a Zamawiający powziął wątpliwości co do pewnych kwestii, winien wezwać do ich wyjaśnienia.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonując wykluczenia wykonawcy bez wyjaśnienia powyższych kwestii, a zatem nie mając całkowitej pewności co do braku spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, działał z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący na dzień składania oferty nie posiadał dokumentu potwierdzającego spełnienie przez urządzenia zgodności z wymaganą normą, zaś proces certyfikacji jest zaplanowany dopiero po zrealizowaniu przedmiotowego zamówienia, i zdaniem Zamawiającego, nie są one wystarczające do uznania, że oferowane elementy wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej odpowiadają normom wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, Odwołujący stwierdził, że wymóg przedłożenia certyfikatów zgodności z normą PN-EN 16630 lub PN-EN 1176 wystawionych przez akredytowaną jednostkę oraz deklarację zgodności z normą PN-1176 na etapie badania ofert jest wymogiem nadmiernym i nie ma uzasadnienia w SIWZ. Odwołujący zauważył, że w rozdziale III ust. 3 i 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „W przypadku montażu dostarczonych elementów wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej przez Wykonawcę/podwykonawcę, montaż należy wykonać zgodnie z instrukcją producenta. Wykonawca któremu zostanie udzielone niniejsze zamówienie będzie zobowiązany do przedstawienia certyfikatu/ów wystawionego/ych przez akredytowaną jednostkę (deklarację zgodności producenta/ dostawcy, bądź raport kontrolny przeprowadzony przez instytucję zewnętrzną wystawiony/-e przez akredytowane jednostki/laboratorium/Inspekcję Handlową) potwierdzającą wymogi bezpieczeństwa zgodne z ww. normami”. Zamawiający dał zatem wybór wykonawcy, tj. wykonawcy, któremu zostanie już udzielone zamówienie, aby przedstawił certyfikaty bądź raport kontrolny przeprowadzony przez niezależną instytucję (akredytowaną jednostkę). Zgodnie z powyższym, Odwołujący potwierdzi zgodność urządzeń z normą przedkładając certyfikat całego placu wydany po uprzednim zbadaniu przez instytucję zewnętrzną akredytowaną, potwierdzającą tym samym wymogi bezpieczeństwa zgodne z ww. normami, co jest zgodne również z postanowieniami rozdziału XII ust. 3 SIWZ, gdzie czytamy, że „Zamawiający w dokumentacji powykonawczej będzie wymagał przedstawienia dokumentów (zaświadczeń), niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone i zamontowane elementy wyposażenia siłowni i placu zabaw odpowiadają określonym normą lub

specyfikacjom technicznym. W tym celu Zamawiający będzie wymagał zaświadczeń lub certyfikatów lub deklaracji zgodności producenta (dostawcy), wystawionych przez akredytowane jednostki lub Inspekcję Handlową, które jednoznacznie potwierdzą wymogi określone w rozdziale III ust. 4.”.

W odpowiedzi na zarzuty, jakoby Odwołujący zaproponował w ofercie elementy wyposażenia placu zabaw, które zdaniem Zamawiającego nie są równoważne, bowiem w jego opinii nie gwarantują uzyskania parametrów technicznych, w szczególności dotyczących bezpieczeństwa użytkowania oraz jakości wykonania, nie gorszych od założonych w dokumentacji technicznej, Odwołujący wskazał, co następuje.

W zakresie elementów wyposażenia zewnętrznej siłowni i placu zabaw - zestaw ławka i prostownik pleców, i twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie podał informacji dotyczących maksymalnego obciążenia, Odwołujący podał, że w kartach technicznych Odwołującego, co do zasady, takie informacje nie są zamieszczane. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwość, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mógł ponownie wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Analogicznie, w przypadku elementu poligon, podciąg nóg i drabinka, zestawu twister i wahadło czy zestawu integracyjnego w kształcie zamku z kolejki, jak i pozostałych urządzeń, co do których Zamawiający miał wątpliwości, a zaniechał wezwania do ich wyjaśnienia. Odwołujący wyjaśnił, że od wielu lat zajmuje się produkcją tego typu urządzeń, każde z urządzeń posiada kartę techniczną, jednakże wykonawca zamieścił na nich informacje, jego zdaniem najistotniejsze, a nie wszystkie możliwe, zatem jeśli Zamawiający powziął wątpliwość, winien umożliwić wykonawcy jej wyjaśnienie. Odwołujący podniósł, że z uwagi na zagospodarowanie inwestycji, bezzasadne jest stanowisko Zamawiającego dotyczące wymiarów urządzeń. Projekt zagospodarowania terenu pozwala na znaczne zwiększenie wymiarów urządzeń, a co za tym idzie, również stref bezpieczeństwa, co wykonawca wziął pod uwagę i skalkulował w cenie oferty.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że Zamawiający nie wskazał w dokumentacji jakikolwiek tolerancji do urządzeń. Urządzenia zamieszczone do projektu to wprost karty techniczne urządzeń konkurencyjnej firmy Satemus, których wymiary wskazane są co do jednego centymetra. Odwołujący podniósł, że nie jest to właściwie opisany przedmiot zamówienia - brak w nim jest tolerancji wymiarów. Odwołujący wskazał, że każdy producent posiada własne rozwiązania techniczne i nie możliwe jest uzyskanie identycznych wymiarów urządzeń.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający wyłącznie w jednym urządzeniu fitness

(zestaw Twister i Wahadło) określił głębokość posadowienia na -0,8m, w pozostałych urządzeniach fitness nie było określonej głębokości posadowienia. Ponadto, jak określono w rozdziale III ust. 1 pkt 2 lit. m, „wszystkie elementy siłowni będą wyposażone w bloki kotwiące przewidziane przez producenta danego urządzenia”. Odwołujący (równocześnie producent) zaproponował posadowienie systemowe w postaci bloków kotwiących betonowych na głębokości -0,6m, które według ww. postanowienia SIWZ jest dopuszczone. Dla Odwołującego oczywistym jest, że posadowienie urządzeń wykonane jest na fundamencie betonowym; Odwołujący uznał, że powstałe w tym zakresie wątpliwości Zamawiający mógł wyjaśnić. Odwołujący stwierdził też, że postanowienie SIWZ odnośnie sposobu fundamentowania (jakim jest blok betonowy) jest poświadczony w rozdziale V formularza ofertowego, zgodnie z którym wykonawca nie wnosi zastrzeżeń co do zapisów SIWZ i właściwego wykonania zamówienia, oraz że wyposażenie placu i siłowni będzie spełniało wymagania zawarte w normach.

Za nieuzasadnione uznał Odwołujący twierdzenie Zamawiającego dotyczące rozbieżności grupy wiekowej użytkowników urządzeń, ponieważ norma PN-EN 1176-1:2017 uznaje trudności w rozwiązywaniu problemów dotyczących bezpieczeństwa wg. kryterium wieku tylko dlatego, że umiejętność radzenia sobie z ryzykiem oparta jest na poziomie umiejętności indywidualnych użytkowników, a nie wieku. Ponadto, użytkownicy inni niż zamierzony przydział wiekowy będą na pewno korzystać z wyposażenia placu zabaw. W związku z powyższym, określanie wieku użytkowników np. od 3 do 15 może być krzywdzące dla młodszych dzieci jako przejaw dyskryminacji. Kryterium dostępności jest łatwo lub trudnodostępność użytkowników, a nie ich wiek.

Powołując się na art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, Odwołujący zauważył, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5), wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może narzucać wyglądu, cech charakterystycznych urządzeń, czy sposobu mocowania konstrukcji, gdyż wskazuje to na konkretnego producenta, a co za tym idzie, ogranicza konkurencję i jest sprzeczne z ww. ustawą.

Odwołujący zwrócił uwagę na pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2016 r., zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów lub oświadczeń, jeśli ma co do nich wątpliwości, przy czym o wyjaśnienia te może zwracać się wielokrotnie, aż do uzyskania jasnego obrazu sytuacji. Zamawiający nie jest w tym zakresie w żaden sposób ograniczony, a jeśli rozpoczął procedurę wyjaśnień, powinien doprowadzić ją do końca. Pozwala to zapobiec sytuacji, w której z powodu istniejących wątpliwości, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu czy odrzucenia oferty, która zaspokaja jego potrzeby (sygn. akt KIO 1376/16).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w treści SIWZ. W ocenie Odwołującego, czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania;
2. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. Dokonanie czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
4. Prowadzenie postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że zakres robót obejmuje m.in. dostawę i montaż wyposażenia placu zabaw oraz siłowni zewnętrznej. Wymogiem Zamawiającego było, aby elementy wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej spełniały wymagania zawarte w normach, odpowiednio z grupy PN-EN: 1176 lub 16630 lub 957 lub 12346 lub PN-EN ISO 20957. Przedmiotowe wymaganie Zamawiający zapisał w rozdziale III ust. 2 SIWZ. Wymóg ten zawarty został także w Załączniku nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy, gdzie w pkt VI w kolumnie 4 tabeli Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia w zakresie nazwy i numeru normy oraz nazwy posiadanego dokumentu (zaświadczenia, certyfikatu itp.) potwierdzających zgodność oferowanego sprzętu z normą bezpieczeństwa wskazaną przez Zamawiającego w rozdziale III ust. 2 SIWZ. Wymaganie to potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 do SIWZ z dnia 25 lutego 2020 r., w której Zamawiający stwierdził: „Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć i zamontować elementy wyposażenia placu zabaw oraz siłowni zewnętrznej spełniające wymagania zawarte w normach, o których mowa w rozdziale III ust. 2 SIWZ. W tym celu w formularzu ofertowym Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że proponowane przez niego elementy wyposażenia posiadają dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego sprzętu ze wskazanymi przez Zamawiającego normami bezpieczeństwa. Dlatego w części VI. Formularza ofertowego należy wskazać nazwę i numer normy oraz nazwę posiadanego dokumentu w formie zaświadczenia lub certyfikatu.”. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty ww. dokumentów, a jedynie złożenia oświadczenia, że poszczególne elementy przedmiotu zamówienia spełniają wymagania przywołanych norm potwierdzone stosownymi dokumentami.

Odwołujący w złożonej ofercie w pkt VI Formularza ofertowego odnośnie każdego z elementów wyposażenia siłowni zewnętrznej i placu zabaw wymienionego w tabeli (poz. 1-20) złożył oświadczenie, że posiada certyfikat zgodności z normą PN-EN 16630, certyfikat zgodności z normą PN-EN 1176 lub deklarację zgodności z normą PN-EN 1176.

Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 28 lutego 2020 r. skierowanym do Odwołującego na

podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wyraził wątpliwości co do posiadania przez oferowane przez Odwołującego elementy wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej wymaganych certyfikatów. Zamawiający zwrócił się o wykazanie, że oferowane przez Odwołującego sprzęty i urządzenia posiadają wymagane dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego elementu wyposażenia z normą bezpieczeństwa wskazaną przez Zamawiającego w rozdziale III SIWZ. W tym celu Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień np. w postaci dostarczenia wskazanych w ofercie certyfikatów zgodności z normą PN-EN 16630 lub PN-EN 1176 wystawionych przez akredytowaną jednostkę oraz deklaracji zgodności z normą PN-EN 1176.

Odwołujący odpowiadając na ww. wezwanie Zamawiającego w piśmie z dnia 2 marca 2020 r. oświadczył, że oferowane elementy posiadają dokument odpowiednio w formie certyfikatu lub deklaracji zgodności z normą PN-EN 1176 lub 16630. W tym samym piśmie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dał wybór wykonawcom, tj. wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie przedstawi certyfikaty bądź raport kontrolny przeprowadzony przez niezależną instytucję (akredytowaną jednostkę). Odwołujący złożył oświadczenie, że skalkulował w ofercie i dokona certyfikacji całego placu przez instytucję zewnętrzną akredytowaną, potwierdzając tym samym wymogi bezpieczeństwa zgodnie z ww. normami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie miała wątpliwości, że wymaganiem Zamawiającego sformułowanym w dokumentacji postępowania było, aby oferowane przez wykonawców elementy wyposażenia posiadały dokumenty potwierdzające zgodność ze wskazanymi przez Zamawiającego normami bezpieczeństwa. Kwestionowanie przez Odwołującego przedmiotowego wymagania na obecnym etapie postępowania jest działaniem spóźnionym. W tym miejscu należy wskazać, że wymaganie opisane powyżej, wskazane m.in. w rozdziale III ust. 2 SIWZ i w Załączniku nr 1 do SIWZ, jest wymaganiem osobnym od wymogu opisanego w rozdziale III SIWZ ust. 4, gdzie Zamawiający sformułował wymaganie wobec wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Obydwa te wymagania, choć dotyczące dokumentów potwierdzających wymogi bezpieczeństwa, nie stanowią wobec siebie alternatywy – obowiązują one wykonawcę, ale na różnych etapach postępowania, tj. jedno w toku ubiegania się o zamówienie (rozdziale III ust. 2 SIWZ), drugie zaś po jego uzyskaniu (rozdziale III ust. 4 SIWZ).

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełnienia wymogu, aby elementy wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej spełniały wymagania zawarte w normach, odpowiednio z grupy PN-EN: 1176 lub 16630 lub 957 lub 12346 lub PN-EN ISO 20957, co znajduje potwierdzenie w stosownych dokumentach posiadanych przez Odwołującego. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp. Z uwagi na okoliczność, że składając ofertę Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu certyfikatów i deklaracji potwierdzających już na etapie składania ofert, że ofertowane urządzenia spełniają wymagania stosownych norm, ziściła się także przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Odwołujący przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności urządzeń zabawowych i urządzeń fitness z wymaganymi normami. Jak wskazano powyżej, w wezwaniu z dnia 28 lutego 2020 r. Zamawiający wyraził wątpliwości co do posiadania przez oferowane przez Odwołującego elementy wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej wymaganych certyfikatów i zwrócił się o wykazanie, że oferowane sprzęty i urządzenia posiadają wymagane dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego elementu wyposażenia z normą bezpieczeństwa wskazaną przez Zamawiającego w rozdziale III SIWZ. Zamawiający pozostawił wykonawcy dowolność co do sposobu wykazania powyższego. Przykładowo jedynie Zamawiający wskazał, że owo wykazanie może nastąpić przez dostarczenie wskazanych w ofercie certyfikatów i deklaracji. Przykładowe wskazanie sposobu wykazania spełniania wymagania postawionego przez Zamawiającego nie stanowiło zobowiązania do złożenia Zamawiającemu na tym etapie postępowania ww. dokumentów.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 30b ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał Zamawiającemu na okoliczności wymienione w tym przepisie, nie złożył też oświadczenia o posiadaniu innych środków dowodowych.

Izba nie dopatrzyła się uchybień w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 3 lit. a SIWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem w sposób należyty m.in. co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swoim zakresem wykonanie zewnętrznych przyłączy kanalizacji sanitarnej lub przyłączy wodociągowych o wartości roboty budowlanej nie mniejszej niż 100 000 PLN brutto. Izba stwierdziła, że z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 2 marca 2020 r. nie wynika spełnianie przedmiotowego warunku. Odwołujący w Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 6 do SIWZ) przywołał dwie roboty w celu wykazania spełniania ww. warunku (poz. 3 i 4 Wykazu), nie określił jednak, jaka wartość tych robót obejmowała wykonanie zewnętrznych przyłączy kanalizacji sanitarnej lub

przyłączy wodociągowych. Wartość ta nie wynikała także z pozostałych dokumentów złożonych przez Odwołującego, w tym z dokumentu wystawionego przez Urząd Miejski w Rabce-Zdroju. Uchybienie to mogło zostać zniwelowane przez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie, jednak działanie takie Zamawiającego byłoby bezprzedmiotowe z uwagi na stwierdzoną, opisaną powyżej, podstawę do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty. Ustawodawca zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów czy złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pomimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia przez wykonawcę lub udzielenia wyjaśnień, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowisko Odwołującego o zasadności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie parametrów zaoferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W informacji o decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez Odwołującego nie jest równoważny do przedmiotu opisanego przez Zamawiającego w dokumentacji, w szczególności nie gwarantuje uzyskania parametrów technicznych, w szczególności dotyczących bezpieczeństwa użytkowania oraz jakości wykonania, nie gorszych od założonych w dokumentacji (pismo Zamawiającego z dnia 9 marca 2020 r.). Zamawiający wskazał na szereg niezgodności bądź na brak informacji o poszczególnych parametrach ujmując je w 24 pozycje. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał równoważności oferowanych elementów wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej z elementami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym nie potwierdził zgodności oferowanych elementów wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej z wymaganiami wskazanymi w SIWZ pod względem jakościowym, technologicznym, ilościowym, ani zgodności wykonania z wymaganą normą bezpieczeństwa.

Zamawiający opisał kryteria równoważności w rozdziale III ust. 9 i 10 SIWZ. Zamawiający wskazał, że podane w SIWZ oraz dokumentacji technicznej wszystkie nazwy własne (np. pochodzenie, producent) mają wyłącznie charakter przykładowy (pomocniczy) w celu doprecyzowania przedmiotu zamówienia, w tym dla określenia podstawowych parametrów i cech zastosowanych materiałów, produktów, urządzeń, wyposażenia, dlatego należy je rozpatrywać łącznie z wyrazem równoważny, o ile zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Zamawiający zdefiniował również pojęcie oferty równoważnej, przez którą należało rozumieć ofertę, która oferuje wykonanie zamówienia z wykorzystaniem materiałów, sprzętów, wyposażenia, produktów posiadających co najmniej minimalne podstawowe parametry techniczne wskazane jako wymagane przez Zamawiającego w dokumentacji oraz

spełniających funkcje tożsame jak materiały, sprzęt, wyposażenie i produkty określone w SIWZ lub posiadających właściwości zbliżone do określonych przez Zamawiającego. Zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych poprzez wskazanie przez wykonawcę np. nazw własnych, znaków towarowych, patentów, pochodzenia lub norm, o ile zaproponowane rozwiązania będą miały te same cechy funkcjonalne i których jakość nie będzie gorsza od jakości określonej w dokumentacji technicznej. Rozwiązania równoważne, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, musiały odpowiadać wymaganiom przepisów prawa dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych będzie uzależniona od ich zgodności z parametrami określonymi w projekcie oraz akceptacji Zamawiającego lub inspektora nadzoru. Zamawiający zastrzegł, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ i jej załącznikach, z zastrzeżeniem rozdziału III ust. 9 SIWZ. Jak wskazał Zamawiający, informacje dotyczące oferowania rozwiązań równoważnych wykonawca zobowiązany jest zawrzeć w treści formularza ofertowego. Zamawiający stwierdził, że niewypełnienie tej części formularza ofertowego traktowane będzie jako przyjęcie i zaoferowanie rozwiązań zaproponowanych przez projektanta w dokumentacji projektowej. Ponadto, jak wymagał Zamawiający, wykonawca oferujący rozwiązania równoważne zobowiązany był do załączenia kart technicznych urządzeń oferowanych jako równoważne, które będą zawierały: wizualizację produktu, parametry wielkościowe, materiałowe, technologiczne, zestawienie funkcjonalności oraz elementów poszczególnych urządzeń placu zabaw, elementów małej architektury oraz siłowni zewnętrznej i toalety kontenerowej.

Odwołujący nie zakwestionował powyższego opisu kryteriów równoważności w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne, wypełnił kolumnę piątą Formularza ofertowego wskazując typ oraz producenta elementów wyposażenia, a także załączył do oferty karty techniczne poszczególnych elementów.

W dniu 28 lutego 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że proponowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone w SIWZ i jej załącznikach. Zamawiający stwierdził, że wprawdzie Odwołujący załączył do oferty karty techniczne, ale tylko części elementów wyposażenia placu zabaw i siłowni zewnętrznej, które nie zawierają wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji wskazanych w rozdziale III ust. 10 SIWZ. Ponadto, jak stwierdził Zamawiający, Odwołujący dołączył dwie różne karty techniczne huśtawki z siedziskiem bocianie gniazdo, gdzie SIWZ przewiduje dostawę tylko

jednej huśtawki z siedziskiem bocianie gniazdo, gdzie SIWZ przewiduje dostawę jednej huśtawki tego typu.

Złożone przez Odwołującego w dniu 2 marca 2020 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie dokumenty nie potwierdziły równoważności oferowanych przez Odwołującego urządzeń z elementami przedmiotu zamówienia opisanymi przez Zamawiającego w dokumentacji w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 marca 2020 r. Izba miała na uwadze, że Odwołujący nie zakwestionował wymagań Zamawiającego dotyczących oferty obejmującej urządzenia równoważne opisanych w rozdziale III ust. 9 i 10 SIWZ. Ponadto, ciężar wykazania równoważności spoczywa na Odwołującym. Ustawodawca wskazał bowiem w art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał wypełnienia równoważności wymagań postawionych przez Zamawiającego, nie wykazał Zamawiającemu m.in., że zaoferowane urządzenia zagwarantują uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji postępowania, że posiadają te same cechy funkcjonalne, a także że ich jakość nie jest gorsza od jakości określonej przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej. Nawet gdyby uznać, że ww. uchybienie Odwołującego byłoby możliwe do naprawienia w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, podejmowanie takich działań przez Zamawiającego byłoby niezasadne z uwagi na stwierdzoną podstawę do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Dodatkowo, Izba uznała, że wszelkie twierdzenia Odwołującego dotyczące nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, jak też innych wymagań sformułowanych przez Zamawiającego są spóźnione, jako że zostały podniesione z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp.

Na skutek powyższego, Izba stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba nie

uwzględniła wniosku Zamawiającego o obciążenie Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Na podstawie §3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Izba orzeka o kosztach postępowania na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków. Zamawiający stosownego rachunku do zamknięcia rozprawy nie złożył.

**Przewodniczący :** .....