

Sygn. akt: KIO 1193/18

WYROK
z dnia 3 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DR SPIL Polska M.K., ul. Pietrusińskiego 14, 40-842 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu:

a) częściowo - niezastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zwanego dalej: „Pzp” odnośnie zaoferowanego przez APIS Polska Sp. z o.o. urządzenia zabawkowego o symbolu 880407-1,

b) częściowo – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, jako konsekwencji pierwszego zarzutu,

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 12.06.2018 r. (przekazanej 13.06.2018 r.) w/w Wykonawcy, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu ocenę zaoferowanego przez w/w Wykonawcę urządzenia zabawkowego o symbolu 880407-1 pod względem jego „równoważności”, dotyczy kwestii - podestów, schodów wykonanych z antypoślizgowej płyty HDPE odpornej na promienie UV oraz akty wandalizmu w stosunku do oczekiwanych - podestów, schodów i platform wykonanych ze stali pokrytej zanurzeniowo warstwą tworzywa gumowego o właściwościach antypoślizgowych i grubości nie mniejszej niż 4 mm,

zgodnie z zasadami wynikającymi ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” – str. 14 – „przedostatni akapit (przez autora dokumentacji projektowej)” oraz odpowiedziami na pytania (pismo z 11.05.2018 r.).

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DR SPIL Polska M.K., ul. Pietrusińskiego 14, 40-842 Katowice** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Gminy Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek** na rzecz **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DR SPIL Polska M.K., ul. Pietrusińskiego 14, 40-842 Katowice** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Gmina Chełmek: POTRZEBNA odNowa: Przestrzeń spotkania i rekreacji na obszarach wiejskich gminy Chełmek; Przestrzeń spotkania i rekreacji w Bobrku (zagospodarowanie terenu w rejonie ul. Długiej)*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 553669-N-2018, data zamieszczenia 04.05.2018 r., przez Gminę Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 12.06.2018 r. (13.06.2018 r. przekazane) (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37- 500 Jarosław zwanego dalej: „*APIS Polska Sp. z o.o.*” albo „*APIS*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DR SPIL Polska M.K., ul. Pietrusińskiego 14, 40-842 Katowice zwana dalej: „*DR SPIL Polska M.K.*” albo „*Odwołujący*”.

W dniu 18.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) DR SPIL Polska M.K. wniosła odwołanie na w/w czynności z 13.06.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 §1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i tym samym nieodrzućenie oferty APIS, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy w wielu miejscach nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, a tym samym podlegać winna odrzuceniu,

a w konsekwencji powyższego:

2. art. 91 §1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu i nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty złożonej przez APIS jako niezgodnej z SIWZ,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert z pominięciem oferty złożonej przez APIS.

Ponadto Odwołujący wnosil o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosnie naruszenia art. 89 §1 pkt 2 Pzp:

zarzut nr 1

Zamawiający w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ- projekcie technicznym, w odniesieniu do co najmniej dwóch zabawek oznaczonych symbolami 518924 i 518923 zawarł następujące wymaganie: „*materiały tworzywom LDPE, z których powstało zbudowane urządzenie posiadają potwierdzenie zgodności ich składu z normą PN- EN 71-3 + A1: 2014-12 dotyczącej zawartości ftalanów i kadmu oraz migracji określonych pierwiastków wydane przez laboratorium z akredytacją PCA*”. Nazwa opisowa norma PN- EN 71-3 + A1: 2014-12 to bezpieczeństwo zabawek- część 3: Migracja określonych pierwiastków. W toku postępowania, w wyniku zapytania wykonawcy, Zamawiający dopuścił zastosowanie innego materiału, pod warunkiem przedstawienia potwierdzenia, że ich parametry są nie gorsze niż podane w specyfikacji. Z treści oferty złożonej przez APIS nie wynika, aby urządzenia zaoferowane przez tego wykonawcę, tj. co najmniej sprężynowiec „koń” i „lew”, zostały zbudowane z materiałów spełniających wymagania w/w normy- karty techniczne przedłożone do tych urządzeń nie zawierają postanowień w tym zakresie. Z treści oferty wynika jedynie, że urządzenia są zgodne z normą PN-EN 1176, która odnosi się do wyposażenia publicznych placów zabaw oraz określa wymogi dla bezpiecznej nawierzchni na placach zabaw. Przedmiotowa norma nie dotyczy materiałów z których wykonane są urządzenia. APIS nie wykazał spełnienia wyżej opisanego warunku wynikającego z SIWZ.

Dodatkowo wymogiem Zamawiającego było, aby spełnienie normy PN- EN 71-3 + A1: 2014-12 potwierdzone było przez laboratorium z akredytacją PCA, tj. Polskiego Centrum Akredytacji. Z informacji zamieszczonych na stronie APIS wynika, że ten wykonawca posiada „certyfikaty bezpieczeństwa wydane przez Centralny Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Aparatury Badawczej i Dydaktycznej COBRABID - BBC Sp. z o.o., Instytut Dozoru Technicznego Ltd. oraz Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru”- żaden z tych podmiotów nie posiada akredytacji PCA. W ocenie Odwołującego, zabawki oznaczone symbolami 518924 i 518923 zaoferowane przez APIS nie są nie gorsze niż przykładowe urządzenia wskazane przez Zamawiającego w SIWZ.

zarzut nr 2

Zamawiający w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ- projekcie technicznym, w odniesieniu do urządzenia oznaczonego symbolem 880407-1 zawarł następujące wymaganie: „podesty, schody i platformy wykonane są ze stali pokrytej zanurzeniowo warstwą tworzywa gumowego o właściwościach antypoślizgowych i grubości nie mniejszej niż 4mm. W toku postępowania, w wyniku zapytania wykonawcy, Zamawiający dopuścił zastosowanie innego materiału, pod warunkiem przedstawienia potwierdzenia, że ich parametry są nie gorsze niż podane w specyfikacji. Z treści oferty złożonej przez APIS wynika, że w urządzeniu o nazwie „zestaw zabawkowy” zastosowane zostały podesty,

schody wykonane z antypoślizgowej płyty HDPE odpornej na promieniowanie UV oraz akty wandalizmu. W ocenie Odwoływającego zastosowany materiał nie jest ekwiwalentny w stosunku do podanego w SIWZ. Zamawiający wymagał wykonania części urządzenia ze stali, a zatem z najbardziej trwałego materiału- APSI zaoferował urządzenie wykonane z tworzywa sztucznego (potocznie- z plastiku), wielokrotnie mniej odpornego od stali. Tytułem przykładu, dla porównania tych dwóch materiałów, Odwoływający wskazuje na jeden parametr- temperaturę topnienia- który dla stali wynosi ok. 1500 stopni Celsjusza a dla HDPE od 126 do 135 stopni Celsjusza. Oferta złożona przez APIS nie zawiera potwierdzenia, że płyta HDPE jest nie gorsza niż płyta stalowa. W ocenie Odwoływającego, materiał użyty do wykonania zabawki oznaczonej symbolem 880407-1 zaoferowanej przez APIS nie jest nie gorszy niż przykładowy materiał wskazany przez Zamawiającego w SIWZ.

zarzut nr 3

Wskazane w zarzucie 1 urządzenia różnią się w sposób zasadniczy kształtem i sposobem wykonania od urządzeń wskazanych w SIWZ. Różna jest długości i szerokość urządzeń. Różnice są tak daleko idące, iż nie można mówić o urządzeniach ekwiwalentnych- urządzenia zaoferowane przez APIS są innego typu niż wymagane przez Zamawiającego. Zaakceptowanie przez Zamawiającego urządzeń innych niż wymagane prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, bowiem wykonawcy oferujący urządzenia zgodne z wymaganiami Zamawiającego zmuszeni są do konkurowania z oferentami proponującymi inny towar, gorszej jakości i tańszy w wytworzeniu, a przy tym niezgodny z SIWZ, co ujemnie wpływa na szanse tych wykonawców na wygranie postępowania.

Odnośnie naruszenia art. 91 § 1 Pzp. W związku z powyższymi uchybieniami, Zamawiający naruszył również art. 91 §1 Pzp, bowiem dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty która winna podlegać odrzuceniu. Oferta APIS jest niezgodna z SIWZ i z tego powodu nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Wskazał także na wyrok KIO z 14.01.2013r., sygn. akt: KIO 2903/12 oraz na wyrok KIO z 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/62/09.

Powyższe determinuje stanowisko Odwoływającego, mianowicie Odwoływający przegrał postępowanie z podmiotem, który złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ i podlegającą odrzuceniu» co nie zostało dokonane wyłącznie w skutek zaniechania Zamawiającego.

Odwoływający wnosił także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z odpisu wydruku strony internetowej APIS na okoliczność wykazania jednostek certyfikujących urządzenia oferowane przez APIS. Odwoływający wnosił także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z trzech wydruków ze strony internetowej Polskiego Centrum Akredytacji- wyszukiwarka akredytowanych laboratoriów badawczych - na okoliczność wykazania, że podmioty z których usług korzysta APIS nie posiadają akredytacji PCA.

Zamawiający w dniu 18.06.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 27.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Wniósł także o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego poprzez nałożenie na Odwołującego obowiązku zwrotu Zamawiającemu uzasadnionych kosztów, w tym kosztów zastępstwa Zamawiającego przez radcę prawnego w przepisanej wysokości według rachunków przedłożonych na rozprawie, jak i pominięcie dowodów wskazanych przez Odwołującego na okoliczności nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia prawidłowości czynności Zamawiającego.

Zarzuty odwołania są nie uzasadnione biorąc pod uwagę przebieg postępowania oraz treść dokumentów przetargowych, w tym treść odpowiedzi na pytanie wykonawców. Odwołujący nie rozpoznaje i pomija znaczenie oświadczenia APIS zawartego w ofercie zwłaszcza pkt. 6. 3 (zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ). Zamawiający Gmina Chełmek ogłosiła przetarg nieograniczony pn. POTRZEBNA odNowa: Przestrzeń spotkania i rekreacji na obszarach wiejskich gminy Chełmek; Przestrzeń spotkania i rekreacji w Bobrku (zagospodarowanie terenu w rejonie ul. Długiej)” w ramach tzw. „procedura odwrócona” uregulowanej w art. 24aa Pzp. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagał przedstawienia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu żadnych dokumentów odnośnie urządzeń placu zabaw takich jak karty katalogowe, certyfikaty, zdjęcia itp. Wymagał natomiast złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym pkt. 6. 3) że Wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ. APIS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożyła takie oświadczenie.

W specyfikacji zamawiający zawarł zapis: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa: dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna. Jeżeli specyfikacja techniczna wskazywałaby w odniesieniu do niektórych materiałów i urządzeń znaki towarowe lub pochodzenie zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp, dopuszcza składanie „produktów” równoważnych. Wszelkie „produkty” pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Poprzez zapis dotyczący minimalnych

wymagań parametrów jakościowych, zamawiający rozumie wymagania towarów zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta, ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Tak więc posługiwanie się nazwami producentów /produktów/ ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający, przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych, co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. Przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane przez Unię Europejską w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014 - 2020. Poddziałanie 19.2 Wsparcie na wdrażanie operacji w ramach strategii rozwoju lokalnego kierowanego przez społeczność. Jedną z fundamentalnych zasad Unii Europejskiej jest zasada konkurencyjności zabraniająca jakichkolwiek form ograniczenia wykonawców do zamówienia odwołujący M.K. Dr S. Polska zapomniał o pojęciu równoważności. Pojęcie „równoważny” oznacza tyle, co mający równą wartość, równe znaczenie z czymś. Oznacza to, że produkt lub rozwiązanie techniczne opisane przez zamawiającego nie musi mieć cech identyczności, nie muszą one być takie same, lecz te same. Przez ofertę równoważną należy rozumieć taką, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach lub zbliżonych do tych, jakie zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz oznaczoną innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Odwołujący w przepisany terminie nie skarżył postanowień SIWZ. Oznacza to, że zrozumiał zatem i zaakceptował, że Wykonawcy składają ofertę w której, zobowiązują się wykonać przedmiot umowy na warunkach SIWZ i projekcie umowy pkt. 3 i 6 formularza oferty). Zamawiający nie wymagał składania katalogów, kart technicznych, wydruków ze stron komputerowych. Zamawiający nie jest zobowiązany do przeprowadzania testu prawdy treści oferty i prowadzenia dochodzenia czy oferent nie ma możliwości wykonania przedmiotu umowy. Przedmiot zamówienia określono SIWZ.

Ponadto w odpowiedzi na zapytanie Zamawiający dopuścił:

Pyt. W specyfikacji są tzw. dmuchańce, czyli zabawki z LLDPE. Czy zamawiający dopuszcza urządzenia metalowe z elementami HDPE? Odp. Elementy małej architektury jak również zabawki przedstawione w dokumentacji są przykładowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie materiałów innych niż przedstawione w specyfikacji pod warunkiem przedstawienia potwierdzenia, że ich parametry są nie gorsze niż podane w specyfikacji.

Wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z umową i SIWZ jest teoretycznie możliwe jednakże Zamawiający posiada odpowiednie środki prawne które mogą być zastosowane wobec wykonawcy (brak odbioru przedmiotu umowy, naliczanie kar umownych

itp.) z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Zobowiązania. Nie może być uznane stanowisko Odwołującego, które sprowadza się do tego, że informuje on Zamawiającego, że świadczenie Wybranego wykonawcy będzie niezgodne z SIWZ jeszcze przed wykonaniem umowy i powołuje się na strony internetowe oraz własną analizę właściwości świadczenia oferowanego przez APIS. Stanowisko Odwołującego może być odczytane jako swoistego rodzaju ostrzeżenie Zamawiającego, że APIS nie wykona zobowiązania zgodnie z SIWZ i umową. Co jednak samo w sobie nie uzasadnia złożenia i uwzględnienia odwołania. Odwołanie nie wskazuje bowiem żadnych okoliczności na wykazanie jakich czynności zaniechał Zamawiający nie odrzucając i wybierając ofertę APIS. Skoro oferta APIS zawiera zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy na warunkach SIWZ i projekcie umowy, to jedynym uprawnieniem i obowiązkiem Zamawiającego było sprawdzenie czy została podpisana przez osoby uprawnione do reprezentacji APIS. Poza sporem pozostaje, że Zamawiający poza oferta wymagał odpowiednich dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykaz robót i wykaz osób). Wykonawcy nie zgłaszali wątpliwości co do przedmiotu zamówienia poza zapytaniem z dnia 11.05.2018 r. Wykonawcy posiadali uprawnienie do kwestionowania zakładanego przez Zamawiającego sposobu weryfikacji ofert poprzez wniesienie odwołania od zapisów SIWZ (KIO 196/2018 wyrok z dnia 22 lutego 2018r.) czego nie uczynili, w tym Odwołujący. W tym stanie rzeczy nie zachodzi niezgodność treści oferty z SIWZ odnośnie wymagań merytorycznych. Brak zatem podstaw do odrzucenia oferty. Obowiązek dopuszczenia równoważnych ofert wynika wprost z ustawy PZP. Również zgodnie z przyjętym w doktrynie i orzecznictwie poglądem „równoważny” nie oznacza „identyczny” czy „tożsamy”, ale bardzo zbliżony co do parametrów technicznych i funkcjonalnych.

Tytułem przykładu można powołać orzeczenie KIO, która w wyroku z dnia 12 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP984/09) stwierdziła, iż dopuszczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku (KIO 107/2018 z dnia 30 stycznia 2018r.). Zamawiający nie może ograniczać możliwości złożenia oferty do jednego produktu produkowanego przez jedną firmę. Na podstawie przedstawionych przez APIS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kart technicznych produktów nie ma podstaw do odrzucenia oferty APIS. W niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie (KIO 18/18 z dnia 22 stycznia 2018r. KIO

2739/17). Samo wyobrażenie takiej sytuacji przez Odwołującego nie uzasadnia uwzględnienia odwołania. Nie zaszły zatem żadne okoliczności do odrzucenia oferty APIS ze względu na jej niezgodność z SIWZ (KIO 206/2018 wyrok z dnia 16 lutego 2018r.).

Strony internetowe nie mogą być uznane, jak sugeruje Odwołujący za treść oferty, chociażby z tego powodu, że APIS ich nie powołuje w treści swej oferty. Strony internetowe nie mogą być uznane jako dowód sprzeczności treści oferty z SIWZ i uzasadniać jej odrzucenie (KIO 1933/16 wyrok z dnia 24 października 2016r.). SIWZ nie stawiał wymogu dostarczenia dokumentacji potwierdzającej parametry oferowanych urządzeń (np. próbek, stron internetowych, katalogów itp.). Cytowany wyżej wyrok KIO zawiera kapitalne stwierdzenie na użytek niniejszej sprawy w uzasadnieniu: *"Co informacji pozyskiwanych z internetu, jak uczy doświadczenie życiowe, należy mieć dużą ostrożność i nie sposób traktować ich jako pewnych i aktualnych. Z pewnością również nie można postawić ich w opozycji do oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, przyjmując, że są one wiarygodne w odróżnieniu od oświadczenia wybranego wykonawcy. Z pewnością odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ, wyłącznie w oparciu o informacje, zawarte na stronach internetowych Producenta byłoby nieuprawnione"*. Słuszność powyższego stanowiska potwierdza także orzecznictwo KIO: *"Izba zauważa, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, iż przesłankę do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco należy uznać, że przyczyną odrzucenia oferty nie może być okoliczność załączenia przez wykonawcę dodatkowych dokumentów, a tym bardziej nie mogą być wyłącznie i jednocześnie wystarczającą przyczyną odrzucenia, informacje zawarte na stronach internetowych, na które powołuje się Odwołujący. Izba zwraca uwagę, że w dobie szybkiego rozwoju i informatyzacji należy uznać, iż informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanych zamówień mogą znaleźć się na wielu stronach internetowych, jednakże informacje te nie zawsze są aktualne, mogą być modyfikowane, dlatego też zdaniem Izby powyższe informacje nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do weryfikowania wymagań co do oferowanych zamówień. Ponadto Izba zauważa, że podstawowym dokumentem w tym zakresie jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wymagania Zamawiającego co do oferowanych zamówień powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania techniczne wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji, inne zachowania Zamawiającego, opierającego ocenę oferowanych produktów o informacje zawarte na stronach internetowych prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą pozostawać co do niepewności kryteriów jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak Zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich*

zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy niniejszej ocenie i jakie dokumenty potwierdzające postawione przez Zamawiającego wymagania należy złożyć z ofertą" (wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt: K10/2196/10).

Odwołujący nie zauważył, iż przedmiot umowy nie cechuje się nadmiernym skomplikowaniem i koniecznością sięgania po specjalistyczne technologie, a następnie weryfikacją czy wykonawca posiada do nich dostęp. Badanie zgodność wykonanego przedmiotu umowy na etapie odbioru nie można rozpoczynać jak chce Odwołujący przed rozpoczęciem wykonania umowy, aby następnie snuć dywagacje na temat odrzucenia oferty. Procedura badania i oceny ofert została przez Zamawiającego wykonana przy użyciu dostępnych instrumentów (KIO 2616/11 wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r.).

Treść SIWZ i treść oferty to merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia może przesądzić o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Natomiast od tak rozumianej merytorycznej treści SIWZ należy odróżnić postanowienia dotyczące sposobu przygotowania i formy dokumentów składających się na składaną ofertę, których niezachowanie może mieć czasem znaczenie dla możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia, przeważnie jednak mających charakter instrukcyjny, porządkowy, i których niedochowanie nie rodzi żadnych poważnych konsekwencji dla wykonawcy (KIO/UZP 2356/10 wyrok z dnia 10 listopada 2011 r.). Trudno sobie wyobrazić sytuację, że Wykonawca świadomie umieszcza w ofercie zapisy, które nie odpowiadają SIWZ, skoro wzór formularza jest czytelny i w żadnym punkcie nie wprowadza w błąd zwłaszcza w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (KIO 1064/11 wyrok z dnia 1 czerwca 2011 r.). Pzp ustanawia zasadę rozwiązań równoważnych wobec przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Odwołujący nie kwestionował SIWZ, co stara się czynić na etapie odwołania po wyborze oferty. Postępowanie prowadzone było w ramach procedury odwróconej. Zamawiający wymagał złożenia wskazanych oświadczeń. W szczególności oświadczenia - OFERTY na wykonanie. Zamawiający nie miał innych uprawnień niż potraktowanie jedynie poglądowo złożone przez APIS karty techniczne. Przedmiot świadczenia wykonawcy będzie wykonywany zgodnie z umową. W przypadku niewykonania przedmiotu umowy Zamawiający będzie stosował odpowiednie środki wobec Wykonawcy. Odwołujący zdaje się pomijać tą istotną okoliczność i składając odwołanie zmierza do zmiany treści SIWZ (z dużym przekroczeniem przeznaczonego na to terminu w PZP), w tym umowy konstruując nieuprawnione twierdzenia, że wybrany wykonawca nie wykona umowy zgodnie z zamówieniem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, formularza ofertowego, projektu umowy, dokumentacji projektowej oraz dokumentacji (specyfikacji) technicznej także Ogólnej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (1 i 12 str. przekazana przez Zamawiającego na rozprawie), odpowiedzi na pytania (pisma z 11.05.2018 r.), oferty APIS Polska Sp. z o.o., jak i Odwołującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 12.06.2018 r. (przekazanej w dniu 13.06.2018 r.).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) wydruk ze strony internetowej APIS Polska Sp. z o.o. odnośnie jednostek certyfikujących urzędzenia oferowane przez APIS;
- 3) wydruki (x3) ze strony internetowej Polskiego Centrum Akredytacji - wyszukiwarka akredytowanych laboratoriów badawczych'

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- wydruk raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na temat stężenia ftalanów w zabawkach.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i tym samym nieodrzućenie oferty APIS Polska Sp. z o.o., podczas gdy treść oferty tego wykonawcy w wielu miejscach nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym podlegać winna odrzuceniu:

zarzut nr 1 – dotyczy dwóch zabawek oznaczonych symbolami 518924 i 518923;

zarzut nr 2 – dotyczy urządzenia oznaczonego symbolem 880407-1;

zarzut nr 3 – dotyczy urządzeń z zarzutu 1, które różnią się w sposób zasadniczy kształtem i sposobem wykonania od urządzeń wskazanych w SIWZ, tj. różna jest długości i szerokość urządzeń;

a w konsekwencji powyższego:

2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu i nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie zarzutów odwołania, Izba uznała w/w zarzuty za częściowo zasadne w zakresie wynikającymi z sentencji oraz dalszej części uzasadnienia. W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, jak i przywołane tam postanowienia SIWZ. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez APIS Polska Sp. z o.o. określonych w odwołaniu urządzeń zabawkowych zgodnie z Kartami technicznymi załączonymi do oferty tego Wykonawcy. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jest w/w zarzut częściowo zasadny w zakresie zaoferowanego przez APIS Polska Sp. z o.o. urządzenia zabawkowego o symbolu 880407-1.

Względem zarzutu 1. W tym wypadku, Izba uznała że niniejszy zarzut nie został potwierdzony. Powyższy zarzut sprowadzał się do oczekiwanego przez Odwołującego złożenia przez APIS Polska Sp. z o.o. na etapie składnia ofert certyfikatu zgodności materiałów tworzywowych LDPE z których zostały zbudowane urządzenia, tj. zgodności ich składu z normą PN-EN 71-3+A1:2014-12 wydane przez laboratorium z akredytacją PCA. Jednakże takiego wymogu nie było w SIWZ (także Odwołujący nie złożył tego rodzaju

certyfikatów w swojej ofercie). Z ustaleń Izby wynika, że tego rodzaju certyfikat należało przedstawić Zamawiającemu na etapie realizacji umowy. Powyższe wynika z samego projektu umowy § 4 pkt 13 (będącego załącznikiem nr 7 do SIWZ), gdyż: „*Do obowiązków Wykonawcy należy: Wykonanie wszystkich niezbędnych badań i prób oraz przekazanie ich wyników Inspektorowi nadzoru inwestorskiego przed ich wbudowaniem, łącznie z atestami, certyfikatami na znak bezpieczeństwa, certyfikatami lub deklaracjami zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną materiałów użytych do realizacji przedmiotu umowy. Materiały przeznaczone do wbudowania muszą odpowiadać parametrom jakościowym i technicznym podanym w projekcie, posiadać świadectwo dopuszczania do obrotu i stosowania*”. Jednocześnie, Izba wskazuje, że powyższe potwierdza także będąca elementem obok dokumentacji projektowej - dokumentacji (specyfikacji) technicznej (załącznik nr 8 do SIWZ) Zamawiającego stanowiącej także element szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Cz. VI SIWZ) - Ogólna specyfikacja wykonania i odbioru robót – ST0 – str. 12 – pkt 9.4. Dokumenty do odbioru końcowego: „(...) *Do odbioru końcowego Wykonawca jest zobowiązany przygotować następujące dokumenty: (...) 7. Deklaracje zgodności lub certyfikaty zgodności wbudowanych materiałów zgodnie z ST i ew. PZJ. (...)*”. Niniejsza Specyfikacja wykonania i odbioru robót jest również integralną częścią przyszłej umowy (§ 15).

Izba nie przeczy, że w załączonych do oferty APIS Polska Sp. z o.o. kartach technicznych (Sprężynowiec „KON” oraz Sprężynowiec „LEW”) nie wskazano przywołanej na wstępie normy, a inną (PN EN 1176) także oczekiwaną przez Zamawiającego (na podstawie dokumentacji projektowej – Karta techniczna urządzenia wg. normy PN – EN 1176:2009 dla urządzenia oddzielnie 518924 i 518923), jednakże wobec w/w i przytoczonych postanowień SIWZ, brak jest podstaw do wyciągania z tego faktu tak daleko idących konsekwencji, które oczekiwał w swoich wnioskach zawartych w odwołaniu Odwołujący.

Ewentualne wezwanie do wyjaśnień nie było konieczne wobec takich, a nie innych postanowień SIWZ, gdyż na etapie finalnego realizowania umowy owe normy w zakresie zgodności składu materiałów tworzywowych LDPE z których wykonane są oba urządzenia zabawkowe (zabawek oznaczonych symbolami 518924 i 518923) z normą PN- EN 71-3 + A1: 2014-12 dotyczącej zawartości ftalanów i kadmu oraz migracji określonych pierwiastków wydane przez laboratorium z akredytują PCA – muszą być bezwzględnie bez żadnych odstępstw spełnione – na co przystał Wykonawca - APIS Polska Sp. z o.o., stwierdzając, że – wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ (pkt. 6. 3 formularza ofertowego).

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał także, że tylko jednostki certyfikujące wskazane na stronie internetowej APIS Polska Sp. z o.o. certyfikują urządzenia tego Wykonawcy, ani nie świadczą o tym, tym bardziej dalsze wydruki załączone do odwołania.

Izba formalnie dopuściła niniejsze dowody, lecz uznaje je za mało wiarygodne źródło informacji, aby mogły potwierdzić tezy Odwołującego podnoszone w odwołaniu. Odnoszą się one bowiem tylko do wskazanych podmiotów, ale na ich podstawie nie można wykluczyć istnienia innych jednostek certyfikujących z którymi współpracują APIS Polska Sp. z o.o. Tym bardziej, że nie znany jest stopień aktualności zawartej na tej stronie informacji w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu 2. Izba w tym wypadku, uznała częściową zasadność zarzutu, nakazując Zamawiającemu czynności zgodnie z treścią sentencji. Należy podnieść, że Izba kierowała się w tym zakresie odpowiedzią na pytanie – pismo z 11.05.2018 r.: „*Pytanie 1. W specyfikacji są tzw. dmuchańce, czyli zabawki z LLDPE. Czy zamawiający dopuszcza urządzenia metalowe z elementami HDPE? Odpowiedź 1. Elementy małej architektury jak również zabawki przedstawione w dokumentacji są przykładowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie materiałów innych niż przedstawione w specyfikacji pod warunkiem przedstawienia potwierdzenia, że ich parametry są nie gorsze niż podane w specyfikacji.*” (podkreślenie własne autora uzasadnienia) oraz fragmentem SIWZ ze str. 14 – przedostatni akapit: „*Jeżeli specyfikacja techniczna wskazywałaby w odniesieniu do niektórych materiałów i urządzeń znaki towarowe lub pochodzenie zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszcza składanie „produktów” równoważnych. Wszelkie „produkty” pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Poprzez zapis dotyczący minimalnych wymagań parametrów jakościowych, zamawiający rozumie wymagania towarów zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta, ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Tak więc posługiwanie się nazwami producentów /produktów/ ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający, przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych, co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały lub urządzenia. Będą one podlegały ocenie autora dokumentacji projektowej, który sporządzi stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia decyzji o akceptacji „równoważników” lub odrzuceniu oferty z powodu ich „nierównoważności”.” (podkreślenie własne autora uzasadnienia). W ocenie*

Izby, karty techniczne APIS Polska Sp. z o.o. dołączone do oferty są odpowiedzią na przytoczone powyżej fragmenty SIWZ, a także odpowiedzi na pytania.

W odróżnieniu od kwestii będącej przedmiotem rozpoznania w ramach zarzutu 1, nie chodzi o kwestie zgodność z normami, a równoważności w klasycznym tego słowa znaczeniu. Zgodnie, zaś z przywołanymi postanowieniami SIWZ – opinia autora dokumentacji projektowej ma być podstawą nie tylko akceptacji „równoważników”, ale także odrzucenia oferty z powodu ich „nierównoważności” (a więc nie dotyczy tylko etapu realizacji, jak podnosił Zamawiający na rozprawie).

Przedstawione karty techniczne APIS Polska Sp. z o.o., to dokumenty mające służyć do oceny równoważności – tak jak oczekiwał Zamawiający, nie były to ambiwalentne dokumenty dodatkowe. Przy czym, jak było podnoszone powyżej kwestia certyfikatów na potwierdzenie zgodności z polskimi normami należało rozpatrywać w kontekście innych postanowień, stąd brak tożsamości Izby w tym zakresie.

Jeżeli więc zostały złożone, a brak było, co Izba potwierdza, obowiązku ich złożenia co do zasady wraz z ofertą (co podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie), należy uznać, że zostały złożone aby uczynić zadość przywołanemu na wstępie wymogowi Zamawiającego. Jeśli Zamawiający nie był pewny co do celowi dla jakiego zostały złożone winien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie.

Na obecnym etapie, Izba uwzględniła częściowo zarzut uznając, ewentualne odrzucenie oferty APIS Polska Sp. z o.o. za przedwczesne i nakazała tak jak w sentencji ocenę równoważności przez autora dokumentacji projektowej w zakresie objętym zarzutem odwołania, zgodnie z przywołanymi wytycznymi zawartymi w SIWZ, gdyż sformułowanie: „(...) lub odrzuceniu oferty z powodu ich „nierównoważności” (...)”, świadczy o tym że opinia autora projektu także miała temu służyć. Powyższe może być przedmiotem ewentualnego wezwania do wyjaśnień, które Izba nie nakazywała, ale pozostawiła do oceny Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu 3. W tym wypadku, Izba uznała że niniejszy zarzut nie został potwierdzony. W tym wypadku, zgodnie z dokumentacją projektową wymiary, tj. długość i szerokość urządzeń, o których była mowa w zarzucie 1 (oznaczonych symbolami 518924 i 518923) została podane w przybliżeniu (str. 23 i 24 dokumentacji projektowej – w obu wypadkach: „Szerokość ~ 40 cm/Długość ~ 80 cm”). Zasadne jest także w tym wypadku stanowisko Zamawiającego z rozprawy, że urządzenia zabawkowe winny znajdować się w pewnej strefie, więc ich ścisłe wymiary nie były konieczne. Potwierdza to plan sytuacyjny rozmieszczenia urządzeń do zabaw i ćwiczeń (pkt 8 i 9 dotyczy obu urządzeń zabawkowych - oznaczonych symbolami 518924 i 518923) – w ramach dokumentacji projektowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na częściowe uwzględnianie w/w zarzutu, Izba uwzględniła także częściowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....