

**WYROK**

**z dnia 31 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **MBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruści** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nadarzyn w Nadarzynie**

przy udziale:

wykonawcy **M. D.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **MBA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruści** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MBA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruści** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

**Sygn. akt: KIO 1760/15**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Nadarzyn w Nadarzynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zagospodarowanie terenu zewnętrznego gminnego żłobka w Ruścu - realizowane w ramach resortowego programu rozwoju instytucji opieki nad dziećmi w wieku do lat 3 maluch konkurs Maluch-edycja 2015.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 sierpnia 2015 roku wykonawca MBA Sp. z o.o. w Ruścu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania polegających na:

1. wadliwej czynności badania i oceny ofert,
2. odrzucenia oferty odwołującego,
3. zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż oferta odwołującego nie jest zgodna z treścią s.i.w.z.,
2. art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i ocenę oferty odwołującego bez zastosowania równoważności wszędzie tam gdzie zamawiający w s.i.w.z., w celu opisu przedmiotu zamówienia, wskazał znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, przez co zamawiający uznał, iż oferta odwołującego nie jest zgodna z treścią s.i.w.z.,
3. art. 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem, pomimo że oferta złożona przez odwołującego odpowiada wszelkim wymaganiom s.i.w.z., zamawiający dokonał jej odrzucenia pomimo braku jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych.

4. innych przepisów ustawy P.z.p. wynikających lub mogących wynikać z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty Garden Designers M. D.,
- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- c) wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w wypadku utrzymania w mocy czynności zamawiającego, oferta przystępującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą i tym samym odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia (art. 179 ust 1 P.z.p.).

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 11 sierpnia 2015 roku zamawiający dokonał wyboru w przedmiotowym postępowaniu oferty wykonawcy Garden Designers M. D. oraz odrzucił ofertę odwołującego. Z takim rozstrzygnięciem odwołujący się nie zgodził, albowiem, w jego ocenie, jego oferta spełnia wszystkie wymagania s.i.w.z. określone w niniejszym postępowaniu, a czynność zamawiającego jest niezasadna i bezpodstawną. Zamawiający odrzucił ofertę firmy MBA Sport Sp. z o.o. jako niezgodną z s.i.w.z. powołując się na następujące rzekome niezgodności w wskazanych elementach przedmiotu zamówienia.

1) Zestaw zabawowy. Zamawiający stwierdził, iż „Wykonawca zaoferował niższy model zestawu zabawowego. Świadczą o tym:

- Dokumentacja projektowa zakładała strefę bezpieczeństwa o wymiarach 8,42m x 7,49m. Strefa bezpieczeństwa zestawu zaproponowanego w ofercie wynosi 4,48 x 5,38m.

- Ponadto zamawiający oczekiwał zestawu zabawowego, którego obudowy zewnętrzne w tym podesty wykonane są w całości z płyty HDPE. Zaoferowany zestaw posiada podest wykonany z antypoślizgowej wodoodpornej sklejki. Jest to materiał którego żywotność jest mniejsza niż płyty HDPE

Odwołujący podniósł, co następuje:

Zaproponowany w ofercie zestaw zabawowy ma wymiary 4,48m x 5,38m, natomiast wymiar strefy bezpieczeństwa to 7,48m x 8,88m. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu podał niewłaściwy wiersz danych zawartych w karcie katalogowej oferty

odwołującego. Proponowany zestaw ma strefę bezpieczeństwa zbliżoną do projektowanej (różnica 0,01m, 0,46m), zatem należy uznać, że oferowany zestaw jest zestawem równoważnymi.

W s.i.w.z oraz w udostępnionym projekcie zamawiający wymagał: „Konstrukcja - stal nierdzewna, płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych”. Odwołujący wskazuje, że zestaw zaproponowany przez MBA Sport Sp. z o.o. posiada konstrukcję wykonaną ze stali nierdzewnej (słupy nośne) oraz z płyty HDPE (połączenia w tym wypadku bariery). Zaproponowany zestaw zabawowy ma konstrukcję szkieletową, która nie wymaga podestów przenoszenia obciążeń. Z definicji konstrukcja to struktura obiektu, składająca się z ustrojów konstrukcyjnych (kompleksu elementów nośnych), zapewniająca jego stateczność, przenosząca zarazem na podłoże gruntowe ciężar własny budowli czy budynku, oraz działających na nie obciążeń otoczenia atmosferycznego. Głównymi elementami konstrukcji szkieletowej, są na ogół smukłe elementy (słupy, belki) żelbetowe, drewniane lub stalowe, połączone odpowiednimi węzłami przegubowymi lub sztywnymi, stanowiące wspólne szkielet nośny (tak: definicja na podstawie materiałów Akademii Górniczo Hutniczej dla studentów na kierunku Inżynieria Środowiska, pod redakcją dr inż. Z. K.). Zgodnie z definicją podesty nie zawierają się w zakresie pojęcia konstrukcji szkieletowej, a więc nie mogą być kwalifikowane materiałowo jako element konstrukcji. Podesty pełnią w konstrukcji rolę elementów konstrukcyjnych tylko wtedy, gdy przenoszą obciążenia na ściany — konstrukcja o ścianach nośnych. Ofertowane urządzenie można wykonać bez podestów, ponieważ konstrukcja zestawu składa się z belek pionowych (słupów) oraz belek poziomych (legarów). Połączenia konstrukcji realizowane są w węzłach poprzez śruby oraz poprzez elementy usztywniające rurki, pionowe elementy z HDPE i dachy z HDPE. Odwołujący podkreślił, iż jest oczywistym, że urządzenie bez podestów jest możliwe do zbudowania i wytrzymałe na obciążenie, choć nie będzie w tym przypadku funkcjonalne. W przypadku oceny równoważności konstrukcji, parametr funkcjonalności nie jest elementem porównywalnym, ponieważ można go zapewnić elementami dodatkowymi np.: podestami, sieciami z lin, deskami naturalnymi lub kompozytowymi, itp., jako elementami, dodatkowymi umożliwiającymi łatwiejsze korzystanie z urządzenia (w tym przypadku dzieciom). W dokumentacji projektowej i s.i.w.z. zamawiający wymagał z HDPE wyłącznie konstrukcji, a nie wykonanych z HDPE osłon, w tym podestów. Takie też rozwiązanie zostało zaoferowane i oferta została przygotowana zgodnie z s.i.w.z. Dodatkowo należy zwrócić uwagę iż zamawiający pojęcie konstrukcji rozumie w pojęciu potocznym a nie w pojęciu technicznym.

2) Domek z bajki. Zamawiający stwierdził, iż: Zamawiający opracował dokumentację projektową, która ściśle określała gabaryty placu zabaw z uwagi na ograniczoną powierzchnią terenu zewnętrznego. Zaproponowane urządzenie nie spełnia tego wymogu. Dokumentacja projektowa zakładała strefę bezpieczeństwa o wymiarach 4,94m x 6,09m. Strefa bezpieczeństwa oferowanego zestawu wynosi 5,21mx 6,90m. Ponadto zamawiający oczekiwał spełnienia przez to urządzenie innej funkcji - imitacja domku, z bajki z siedziskami wewnątrz. Wykonawca zaproponował mały zestaw zabawowy, a nie domek. Zaoferowane urządzenie znacząco odbiega od zaprojektowanego. Wysokość swobodnego upadku dla zaproponowanego urządzenia wynosi 0,75m. Przewyższa założenia dokumentacji projektowej, które wynosi 0,59m.

Odwołujący podniósł, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem III pkt. 7 s.i.w.z., zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania przez wykonawcę materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych od wymaganych. Oferowane materiały i urządzenia muszą być równoważne jakościowo tym podanym w dokumentacji projektowej i STWiOR. Wykonawca zaproponował więc urządzenie o parametrach nie gorszych i równoważnych jakościowo. Parametr gabarytów urządzenia jest zbliżony do oczekiwanego, nie jest od niego mniejszy, przez co nie można powiedzieć, że jest gorszy. Jakość materiałów jest taka sama, tzn. zaproponowano konstrukcję ze stali nierdzewnej, a bariery i dach z płyty HDPE. Zaproponowany w ofercie zestaw zabawowy - domek, tak samo jak produkt referencyjny, składa się z podestów, wejścia, zjeżdżalni, ścianek i dachu. Dodatkowo wewnątrz znajdują się ławeczki. Zaproponowany zestaw różni się natomiast wizualnie od produktu referencyjnego. Wynika to z faktu, iż oferowany produkt jest produkowany przez inną firmę w oparciu o inny design linii produktowej i inny system budowy ciągu pozostaje domkiem z bajki. Z tego punktu widzenia należy stwierdzić, iż każdy producent opiera się na własnym pomysłe na wygląd urządzeń. Produkt referencyjny jest bardzo charakterystyczny w swoim wyglądzie i nie ma możliwości wykonania identycznego domku w oparciu o inne systemy konfiguracji urządzeń. Inny pogląd prowadzi w prosty sposób do ograniczania konkurencji. Z tego bowiem punktu widzenia kopiowanie wzornictwa jest niedopuszczalne z uwagi na ochronę prawem patentowym (producent urządzenia referencyjnego zawarł w karcie katalogowej urządzenia informację „Wzory przemysłowe zarejestrowane i chronione prawem patentowym”). A zatem, aby zapewnić równoważność urządzenia zaproponowano w ofercie zestaw składający się z podobnych elementów funkcjonalnych, zadaszony, stanowiący domek choć o wyglądzie charakterystycznym dla innego producenta tego typu urządzeń. Nadto, odwołujący podniósł, iż oferowane urządzenie posiada podesty umieszczone na wysokości 50 cm i 75 cm w

stosunku do projektowanej wysokości 59 cm. Maksymalna różnica wysokości w stosunku do projektowanej to 16 cm, co w ocenie odwołującego jest rozwiązaniem równoważnym. Odwołujący poinformował też, że zgodnie z normą PN EN 1176-1:2009 punkt 4.2.9.5 zaproponowane urządzenie jest sklasyfikowane jako łatwo dostępne i w związku z tym jest odpowiednio (zgodnie z normą) zabezpieczone osłonami przed wypadnięciem użytkownika. Ponadto, posiada łatwy dostęp dla dzieci poprzez pochylnię, a co za tym idzie, może być oferowane także dla dzieci żłobkowych. Dodatkowo poinformował, że obawy zamawiającego odnośnie gabarytów urządzenia w stosunku do rozmiarów terenu są nieuzasadnione, gdyż urządzenia oferowane przez odwołującego można ustawić na terenie placu zabaw o wskazanej przez zamawiającego powierzchni i kształcie. W związku z tym należy uznać, że zaproponowane urządzenie jest równoważne, a zarzut zamawiającego bezpodstawny.

3) Lokomotywa. Zamawiający stwierdził, iż: „Oferowana lokomotywa nie posiada skośnego podestu wykonanego w płyty antypoślizgowej zabezpieczającego przed upadkiem dziecka przy wyjściu z tuby”.

Odwołujący podniósł, że zaproponowane w ofercie urządzenie spełnia parametry określone w s.i.w.z., tzn. gabaryty są równoważne, materiały i jakość zastosowanych odpowiada wymaganiom zawartym w s.i.w.z. i projekcie. W żadnym punkcie dokumentacji przetargowej Zamawiający nie zawarł informacji, że oczekuje skośnego wejścia na lokomotywę. W dokumentacji przetargowej zawarta jest wyłącznie informacja dotycząca gabarytów urządzenia, dostępności wiekowej oraz ogólna specyfikacja materiałowa. Jest również zamieszczone zdjęcie konkretnego wzoru użytkowego. Zaproponowane zostało urządzenie równoważne w kształcie lokomotywy wg wzoru użytkowego i o wyglądzie charakterystycznym dla innego producenta ale imitującym i spełniającym funkcję lokomotywy.

4) Sprężynowiec - konik. Zamawiający stwierdził, iż: Zamawiający oczekiwał dostawy sprężynowca z aplikacją konika. Wykonawca zaproponował sprężynowiec z aplikacją samolotu.

Odwołujący podniósł, iż zawarte w s.i.w.z. określenie równoważności według zamawiającego oznacza zastosowanie urządzeń o parametrach nie gorszych niż zamawiane o minimalnym wymaganym standardzie jakości materiałów. Parametry odnoszą się do specyfikacji technicznej i do konkretnych zawartości. Zatem równoważność urządzenia powinna opierać przede wszystkim na porównaniu konkretnych wartości. Ze względu na fakt określania w normie PN-EN 1176 część 6 definicji i wymagań dla urządzeń kołyszących

(sprężynowców) właściwe jest stosowanie jej jako obiektywnej podstawy porównania. Norma ta definiuje bujaka poprzez następujące terminy:

4.2.1. Typ - norma dzieli urządzenia kołyszące na następujące typy:

4.2.1.1.       jednopunktowe urządzenia kołyszące typ 2A i 2B,

4.2.1.2.       wielopunktowe urządzenia kołyszące typ 3A i 3B,

4.2.1.3.       kołysząca huśtawka wagowa,

4.2.1.4.       kołysząca obrotowa huśtawka wagowa.

4.2.2. Oba urządzenia (referencyjne i oferowane) wg normy są sklasyfikowane jako typ 2A.

4.2.3. Korpus urządzenia - główna część ruchoma połączona z elementem podtrzymującym.

4.2.4. Obydwa urządzenia korpus mają wykonany z jednej płaszczyzny płyty HDPE. Element podtrzymujący - część łącząca korpus z podstawą. Obydwa urządzenia połączone są z podstawą za pomocą metalowej sprężyny z akcesoriami łącznikowymi.

4.2.5. Zakotwienie - element zapewniające stateczność i przymocowanie do podłoża.

4.2.6. Obydwa urządzenia kotwione są w gruncie za pomocą metalowych kotew.

4.2.7. Tłumienie mchu oraz zasięg ruchu - parametry określone i badane na podstawie szczegółowych wytycznych normy. Ich potwierdzeniem jest uzyskanie certyfikatu zgodności z normą.

4.2.8. Obydwa urządzenia zostały certyfikowane przez akredytowane jednostki certyfikujące. Certyfikat urządzenia zamiennego został dołączony do oferty przetargowej.

Odwołujący podniósł, że we wszystkich przewidzianych przez normę terminach urządzenie proponowane przez odwołującego jest równoważne i zgonie z specyfikacją materiałową określoną w s.i.w.z.. Dodatkowym kryterium są wymiary urządzenia, które są kształtowane dowolnie w zakresie umożliwiającym spełnienie powyższych kryteriów normowych. Jednocześnie należy stwierdzić, iż porównując gabaryty urządzeń również jest zapewniona równoważność. Z kolei parametrem urządzenia nie jest jego wygląd. Wygląd bowiem jest to charakterystyczny i indywidualny dla każdego producenta element wizualny. Równoważność nie jest tożsama z identycznością, a zatem zamawiający powinien dopuścić możliwość odstępstwa od wizualnej formy urządzenia. Zdaniem odwołującego, w tym

niniejszym stanie faktycznym równoważnym jest każdy sprężynowiec z typu 2A o rozmiarze i materiale zgodnym z SWIZ. Nadto, ich nazwy własne przywołane w s.i.w.z. pełnią funkcję tylko porządkową w ramach dokumentacji. Odwołujący nie zanegował, iż element wizualny może zostać uznany za istotny. Jednakże byłoby to wyraźnie w s.i.w.z. określone. I tak w s.i.w.z. powinno zostać stwierdzone, że plac zabaw został opracowany w ramach koncepcji tematycznej np.: las, woda, miasteczko ruchu, itp. W takim to przypadku istotne jest zachowanie zgodności wizualno-tematycznej. Np.: oczekiwany samochód - zamiennik inny pojazd.

5) Karuzela. Zamawiający stwierdził, iż: „Obręcz asekuracyjna górna jest zamknięta na obwodzie. Stwarza to niebezpieczeństwo dla dzieci przy wejściu i wyjściu. Projektowana karuzela ma wyraźnie zaznaczone wejście.

Odwołujący podniósł, iż zaproponowana w ofercie karuzela posiada obręcz zabezpieczającą przed wypadnięciem dziecka w trakcie użytkowania karuzeli. Zmusza ona dziecko do skupienia się na wejściu/wyjściu z urządzenia, tak aby w niekontrolowany sposób nie wypaść np. podczas ruchu urządzenia. Ponadto odwołujący stwierdził, że model karuzeli został zbadany przez jednostkę certyfikującą i została orzeczona jej zgodność z wymogami normy PN EN 176:2009, co potwierdzone wydaniem certyfikatu bezpieczeństwa. Ponadto takie rozwiązanie jest rekomendowane przez jednostki certyfikujące jako bezpieczniejsze niż w przypadku karuzel otwartych. Ponadto zamawiający nie wyspecyfikował w s.i.w.z. ani w projekcie, że oczekuje wyłącznie otwartego wejścia na karuzelę. Dodatkowo odwołujący zauważył, iż w s.i.w.z. oraz dokumentacji projektowej zamawiający określił w stosunku do karuzeli parametry gabarytowe i materiałowe. Wszystkie zostały spełnione w złożonej ofercie, zatem zaproponowana karuzela jest urządzeniem równoważnym w stosunku do urządzenia referencyjnego.

6) Piaskownica. Zamawiający stwierdził, iż: „Zamawiający opracował dokumentację projektową, która ściśle określała gabaryty placu zabaw z uwagi na ograniczoną powierzchnię terenu zewnętrznego. Wykonawca (powinno być Zamawiający. przyp. MBA) oczekiwał piaskownicy sześciokątnej o wymiarach 2,97m x 2,41 m. Wykonawca przekroczył limity urządzenia.

Odwołujący podniósł, że w projekcie zamawiający zawarł jedynie ogólne informacje na temat gabarytów i specyfikacji materiałowej urządzenia. Dodatkowo w s.i.w.z. zamawiający zamieścił informację: na terenie zielonym (trawniku) zainstalowana zostanie piaskownica z osłoną przed warunkami atmosferycznymi w postaci parasola. Zadaszenie daje możliwość opuszczenia i osłony całej piaskownicy przed dostępem zwierząt w po



godzinach urzędowania placówki. Ponadto zamawiający nie wyspecyfikował, iż piaskownica ma mieć kształt sześcioboku. Zaproponowane urządzenie posiada równoważne gabaryty do urządzenia referencyjnego (sześciobok o wymiarze 2,97 m jest wpisany w okrąg o wymiarze 2,97m. który można wpisać w kwadrat o wymiarze 2,97 m). Pozostałe funkcje urządzenia, na których zależało zamawiającemu również są spełnione - specyfikacja materiałowa, funkcjonalność zamknięcia urządzenia na noc. Jednocześnie odwołujący poinformował, że obawy zamawiającego odnośnie gabarytów urządzenia w stosunku do rozmiarów terenu są nieuzasadnione. W związku z tym należy uznać, że zaproponowane urządzenie jest równoważne, a zarzut Zamawiającego bezpodstawny.

7) Tablica informacyjna. Zamawiający stwierdził, iż: „Zamawiający oczekiwał tablicy z blachy stalowej ocynkowanej z nadrukiem. Krawędzie tablicy winny być zabezpieczone przez osłonę ze słupków konstrukcyjnych. Oferowana tablica .wykonana jest spienionego PCV przykręcana na płycie HDPE. Tablica zamontowana jest na jednym słupku. Zewnętrzne krawędzie tablicy nie są zabezpieczone i stwarzają potencjalne zagrożenie.

Odwołujący podniósł, iż w żadnym punkcie s.i.w.z. nie zostały określone:

- konieczność zabezpieczenia zewnętrznych krawędzi tablicy informacyjnej oraz
- jakiegokolwiek inny parametr blachy poza jej odpornością na warunki atmosferyczne (cynkowanie).

W ocenie odwołującego przywołane w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy argumenty zamawiającego oparte są tylko i wyłącznie na porównaniu wzorów przemysłowych urządzeń. Jest to postępowanie nieprawidłowe, ponieważ wzory przemysłowe są zawsze charakterystyczne dla danego producenta i objęte są ochroną własności intelektualnej. Stwierdzenie zamawiającego, iż oczekiwał tablicy w ramie ze słupków nie ma podstawy w s.i.w.z. . Odwołujący poinformował, że płyta HDPE, stanowiąca podkład pod planszę regulaminu, jest grubości 12mm i jej krawędź jest zaokrąglona promieniem 3 mm, co odpowiada wymaganiom normy PN EN 1176:2009:1 pkt. 4.2.5 „Wykończenie urządzenia” - „naroża, krawędzie i fragmenty jakiegokolwiek dostępnej części urządzenia wystające ponad 8mm a nieosłonięte, które znajdują się do 25 mm od końca wystającej części należy zaokrąglić. Minimalny promień zaokrąglenia powinien wynosić 3 mm” A zatem, stwierdzenie, że zaproponowana tablica nie jest bezpieczna, a jej krawędzie są niezabezpieczone nie jest zgodne z prawdą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w dokumentacji projektowej - części opisowej stanowiącej załącznik nr 7 Zamawiający w punkcie

6.5.4. ustalił następujące parametry Zestawu zabawkowego:

wymiary: 542 x 399 cm

strefa bezpieczeństwa: 842 x 749 cm

wysokość całkowita: 220 cm

wysokość podestu: 59 cm

wysokość swobodnego upadku: 59 cm

dostępność części zapasowych: TAK

produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009:TAK

przedział wiekowy: 1-8 lat

*Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: Stal nierdzewna, płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Śruby: wszelkie śruby i mocowania nierdzewne, od strony wewnętrznej w plastikowych zaślepkach.

Kotwienie: 60 cm w gruncie

Odwołujący zaproponował w złożonej przez siebie ofercie inne wymiary strefy bezpieczeństwa. W treści zawiadomienia o wyniku postępowania - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty znalazła się oczywista omyłka pisarska, która nie wpływa jednak na treść ostatecznego rozstrzygnięcia. W treści informacji o wyborze oferty zamawiający wskazał, że oferta odwołującego nie odpowiada warunkom s.i.w.z., ponieważ posiada wymiary 4,48 x 5,38 m, gdy tymczasem winien podać parametry 7,48 m x 8,88 m. Są to jednak i tak wymiary różne od tych, które wymagał zamawiający w s.i.w.z., tj. 8,42 x 7,49 m. Argument odwołującego, że zestawy te są zbliżone a więc równoważne jest całkowicie bezpodstawny. Powierzchnia strefy bezpieczeństwa zaproponowana przez zamawiającego i odwołującego jest różna. Podobnie inne są materiały wykonania zestawu zabawkowego. W treści s.i.w.z. znajduje się wyraźny wymóg, że konstrukcja zestawu zabawkowego w całości ma składać się ze stali nierdzewnej i płyt polietylenowych HDPE odpornych na działanie warunków atmosferycznych. W ofercie odwołującego przewidziano, że podesty będą wykonane z antypoślizgowej wodoodpornej sklejki, co nie odpowiada treści s.i.w.z.. Jest to materiał niższej klasy o zmniejszonej żywotności. W związku z powyższym i w tym zakresie

oferta odwołującego nie odpowiadała treści s.i.w.z. W ocenie Zamawiającego podesty stanowią element składowy konstrukcji i winny spełniać wymóg zgodności materiału.

## II. Domek z bajki:

Wymiary: 1,93 x 2,59 m

Strefa bezpieczeństwa: 4,94 x 6,09 m

Wysokość całkowita: 2,18 m

Wysokość swobodnego upadku: 59 cm

Dostępność części zapasowych: TAK

Produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009: TAK

Przedział wiekowy: 1-8 lat

### *Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: Stal nierdzewna

Ścianki: Płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Śruby: Wszelkie śruby i mocowania nierdzewne, od strony wewnętrznej w plastikowych zaślepkach.

Kotwienie: Zakotwienie 70 cm w gruncie

Zamawiający podniósł, że oferta odwołującego znacząco różniła się od koncepcji „domku z bajki na palach” założonego w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Fotografia zawarta w s.i.w.z. przedstawiała konstrukcję, w której widoczne są wewnętrzne siedziska i która w swoim założeniu miała być „domkiem”. Odwołujący zaś przyjął, że jest to kolejny zestaw zabawkowy, jednak w otwartej, praktycznie niezadaszonej formie i w związku z tym już na tym etapie różnił się od projektu zamawiającego. Projekt domku na palach zawarty w ofercie odwołującego nie spełnia wymogów „domku z bajki”. W żadnej mierze nie chodziło o skopiowanie projektu zawartego w dokumentacji zamawiającego, ale oddanie jego „bajkowego” charakteru np. zachowanie nieregularnych linii, zaopatrzenie domku w ciekawe dla dzieci elementy itp. Projekt domku zaproponowany przez odwołującego nie ma żadnej z wyżej przykładowo wskazanych cech i z tego względu nie odpowiada założeniom dokumentacji projektowej. Nie jest to jednak jedyna niezgodność. Niewłaściwa jest również

wysokość swobodnego upadku. Zamawiający przewidywał jej wymiary do 59 cm, zaś oferta odwołującego wskazuje, że konstrukcja ma mieć wysokość swobodnego upadku 75 cm. O połowę zatem przewyższa założenia dokumentacji projektowej. Podobnie różne są wymiary strefy bezpieczeństwa. Zamawiający przewidział je na 4,94 x 6,09 m, zaś odwołujący na 7,48 x 8,88 m. Tak znacząca rozbieżność uniemożliwia wybór odwołującego choćby z uwagi na fakt, że żłobek w Ruścu dysponuje ograniczonym terenem i większy rozmiar tego elementu wyposażenia terenu wpływałby na zmniejszenie terenu na umieszczenie pozostałych konstrukcji. Nie zgadza się również materiał z których wykonane miałyby być podesty. Dokumentacja projektowa wyraźnie przewiduje materiał ich wykonania w całości ze stali nierdzewnej, zaś odwołujący zaproponował wykonanie podestów z antypoślizgowej wodoodpornej sklejki - materiału o dużo gorszej jakości.

### III. Lokomotywa:

Wymiary: 1,06 x 2,42 m

Strefa bezpieczeństwa: 4,06 x 5,44 m

Wysokość całkowita: 2 m

Wysokość swobodnego upadku: 99 cm

Dostępność części zapasowych: TAK

Produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009:TAK

Przedział wiekowy: 3-12 lat

#### *Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: stal cynkowa proszkowo i malowana proszkowo

Siedziska: płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Podest: płyta antypoślizgowa

Tunel: tuba polietylenowa

Śruby: wszelkie śruby i mocowania wystawione na działanie warunków zewnętrznych nierdzewne od strony wewnętrznej w plastikowych zaślepkach

Kotwienie: zabetonowane 70 cm w gruncie

Zamawiający stwierdził, iż projekt odwołującego nie spełnia wymogów bezpieczeństwa. Nie przewiduje bowiem zjazdu - skośnego podestu umożliwiającego zejście z zabawki. Inny jest też materiał konstrukcyjny. Bezpodstawny jest argument odwołującego, że dokumentacja projektowa nie przewidywała skośnego zejścia na lokomotywę. Zawarty w dokumentacji projektowej element graficzny również stanowi jej część, a ten wyraźnie wskazywał na wymóg takiego elementu.

#### IV. *Sprężynowiec - konik:*

Wymiary: 27 x 96 cm

Strefa bezpieczeństwa: 327 x 396 cm

Wysokość całkowita: 83 cm

Wysokość swobodnego upadku: 50 cm

Dostępność części zapasowych: TAK

Produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009:TAK

Przedział wiekowy: 1-12 lat

#### *Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: Stal sprężynowa 20 mm

Cynkowanie: proszkowe

Malowanie: proszkowe

płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Śruby: zabezpieczone w plastikowych osłonach

Siedzisko: płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Kotwienie: zagłębione 50 cm w gruncie

Zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego już na etapie założenia zabawki nie odpowiada dokumentacji projektowej. Zamawiający przewidywał sprężynowca jako konika, odwołujący zaś zaoferował „bujak samolot”. Rozbieżność ujawnia się również w zakresie parametrów obu zestawów. Nie zgadzają się wymiary urządzenia. Zamawiający przewidział

je na 27 x 96 cm, zaś odwołujący na 0,25 m x 0,58 m. Powyższa różnica powoduje różnice w pozostałych parametrach jakimi są strefa bezpieczeństwa.

#### *V. Karuzela:*

Wymiary: 1,5 x 1,5 m

Strefa bezpieczeństwa: 5,5 x 5,5 m

Wysokość całkowita: 70 cm

Wysokość swobodnego upadku: 70 cm

Dostępność części zapasowych: TAK

Produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009:TAK

Przedział wiekowy: 3-12

#### *Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: stał cynkowa proszkowo i malowana proszkowo

Siedziska: płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

Podest: płyta ryflowana, aluminiowa

Śruby: wszelkie śruby i mocowania wystawione na działanie warunków zewnętrznych nierdzewne

od strony wewnętrznej w plastikowych zaślepkach

Kotwienie: zabetonowane 80 cm w gruncie

Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego nie zgadza się z dokumentacją projektową w zakresie wejścia i wyjścia z zabawki. Zamawiający przewidywał model z wyraźnie zaznaczonym miejscem wejścia / wyjścia, które jest rozwiązaniem najbardziej bezpiecznym. W założeniu odwołującego, element ten jest zamknięty i jedynie w miarę potrzeby miałby być otwierany i zamykany. Wydłuża to czas wejścia i wyjścia i chociażby z tego względu na spełnia wymogu bezpieczeństwa.

#### *VI. Piaskownica:*

Wymiary: 2,97 x 2,41 m

Wysokość całkowita: 262 cm

Produkt zgodny z PN-EN 1176-1:2009:TAK

Przedział wiekowy: 1-12 lat

*Specyfika materiałowa:*

Konstrukcja: stal nierdzewna

ścianki: płyta polietylenowa HDPE całkowicie odporna na działanie warunków atmosferycznych

śruby: wszelkie śruby i mocowania nierdzewne od strony wewnętrznej w plastikowych zaślepkach

Zamawiający wskazał, że niezgodność oferty odwołującego z dokumentacją projektową zamawiającego uwidacznia się już na etapie kształtu zabawki. Zamówienie wyraźnie przewidywało obiekt o kształcie sześcioramiennym, W ofercie odwołującego widoczny jest kwadrat. Niezgodność występuje również w zakresie wymiarów konstrukcji. Zamawiający przewidywał wymiary piaskownicy na 2,97 x 2,41 m, Odwołujący zaś zaoferował obiekt większy - 3 x 3 m.

#### VII. *Tablica informacyjna:*

Konstrukcja nośna tablicy informacyjnej stal ocynkowana i malowana proszkowo. Łączniki ze stali nierdzewnej, tablica z blach stalowej ocynkowanej z nadrukiem odpornym na działanie warunków atmosferycznych.

Zamawiający stwierdził, że niezgodność oferty odwołującego z dokumentacją projektową jest w tym zakresie rażąca. Przede wszystkim kształt tablicy nie odpowiada zarówno projektowi w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, ale i wymogom bezpieczeństwa. Niezabezpieczone krawędzie tablicy generują potencjalne ryzyko dla użytkowników placu zabaw. Tablica w zaoferowanym przez odwołującego kształcie jest nie do zaakceptowania w miejscu, gdzie przebywają głównie malutkie dzieci.

#### VIII. *Ławka:*

Konstrukcja nośna ławki stal ocynkowana i malowana proszkowo. Łączniki ze stali nierdzewnej. Ławka drewniana z oparciem, z podłokietnikami. Długość ok. 117 cm.

Mocowana do podłoża na stałe. Elementy drewniane z sosny, zabezpieczone bejcą i lakierowane w ilości 3 sztuk.

Zamawiający podniósł, że w zakresie niezgodności projektu ławki wskazanego w ofercie przez odwołującego oraz tej wskazanej w dokumentacji projektowej zamawiający również podtrzymuje w całości dotychczasowe stanowisko. Ławka zaproponowana przez odwołującego nie spełnia wymogów bezpieczeństwa dla dzieci w wieku żłobkowym. Wskazał, że element graficzny również jest częścią dokumentacji projektowej i ten nie odpowiada projektowi zawartemu w ofercie odwołującego.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że parametry urządzeń wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie odpowiadają parametrom wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia.

Zdjęcia urządzeń wskazane w opisie przedmiotu zamówienia wskazują, że są to urządzenia firmy Buglo. W związku z przyznaniem przez odwołującego i zamawiającego, że zdjęcia miały mieć charakter jedynie poglądowy, Izba uznała ów fakt za okoliczność pomiędzy stronami niesporną.

Odwołujący zaoferował zestaw zabawowy o wymiarach strefy bezpieczeństwa 7,48 m x 8,88 m. W ofercie odwołującego przewidziano, że podesty będą wykonane z antypoślizgowej wodoodpornej sklejki.

Odwołujący zaoferował domek z bajki według własnego projektu ze strefą bezpieczeństwa 7,48 x 8,88 m. Odwołujący zaproponował wykonanie podestów z antypoślizgowej wodoodpornej sklejki.

Odwołujący zaoferował lokomotywę według własnego projektu.

Odwołujący, zamiast sprężynowca w kształcie konika, zaoferował „bujak samolot” o wymiarach 0,25 m x 0,58 m.

Odwołujący zaoferował karuzelę według własnego projektu z zamkniętym wejściem.

Odwołujący zaoferował piaskownicę w kształcie kwadratu według własnego projektu o wymiarach 3 x 3 m.

Odwołujący zaoferował tablicę informacyjną według własnego projektu.



### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że co do zasady, opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, jest zakazane, co wynika wprost z treści art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. Zakaz ten doznaje jednak ograniczenia w sytuacji, gdy konieczność posłużenia się owymi znakami czy patentami jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

W rozpoznawanym przypadku zamawiający zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia zdjęcia konkretnych produktów jednego producenta, niemniej jednak strony zgodnie stwierdziły, iż zamieszczone zdjęcia mają charakter jedynie poglądowy, co oznacza, że zaoferowane urządzenia nie muszą być dokładnie takie jak na rysunkach. W ocenie Izby oznaczało to, że mogą się one różnić wizualnie od tych, które zostały przedstawione na zdjęciach, jednakże z muszą mieć podstawowe cechy pozwalające na określenie ich kształtu i funkcji, jakie mają spełnić.

Jednocześnie Izba wskazuje, że swoboda w oferowaniu urządzeń w przypadku tego postępowania, nie dotyczyła innych parametrów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym m.in. wielkości urządzeń i ich stref bezpieczeństwa, wysokości swobodnego upadku itp. Podkreślenia wymaga, że charakter poglądowy miały wyłącznie zdjęcia, nie zaś opisy zamawianych urządzeń. Argument o poglądowym charakterze podanych parametrów nie został podniesiony przez żadną ze stron postępowania. Zamawiający wskazał konkretne wielkości, które wykonawca winien był zaoferować i wykonawcy obowiązani byli zaoferować urządzenia odpowiadające podanym wymiarom. O ile wykonawcy nie zgadzali się z dokonany przez zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia, winni byli zakwestionować ów opis w drodze odwołania dotyczącego *stricto* tej czynności zamawiającego. W związku z tym, iż odwołanie na opis przedmiotu zamówienia nie zostało wniesione, uznać należy, że sporządzony przez zamawiającego opis był opisem obowiązującym wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym Izba uznała za chybione zarzuty podnoszone wobec oferty odwołującego w zakresie: wyglądu domku z bajki, braku skośnego zejścia z lokomotywy,

wejścia na karuzelę oraz kształtu piaskownicy, tablicy bezpieczeństwa i ławki. Zarzuty wobec oferty odwołującego zamawiający sformułował wyłącznie na podstawie zdjęć urządzeń zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia. Cechy, których brak zarzucił zamawiający urządzeniom odwołującego, nie zostały wyspecyfikowane w żadnym miejscu dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby nie można również uznać za zasadne zarzutów, iż zaoferowana przez odwołującego tablica informacyjna i ławka nie spełniają wymogów bezpieczeństwa. Izba wskazuje, że w treści s.i.w.z. zamawiający nie zamieścił żadnych wymogów, jakie winny spełniać wskazane urządzenia w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa.

Izba uznała natomiast za zasadne te zarzuty sformułowane wobec oferty odwołującego, które dotyczyły niezgodności zaoferowanych urządzeń z parametrami wskazanymi w s.i.w.z. w zakresie wielkości zabawek i ich stref bezpieczeństwa oraz wysokości swobodnego upadku. Dotyczy tu takich urządzeń jak: zestaw zabawowy, domek z bajki, bujak i piaskownica. Parametry tych zabawek odbiegają bowiem od parametrów, jakich zamawiający wymagał w s.i.w.z., co oznacza, iż w tym zakresie treść oferty odwołującego jest niegodna z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby niezgodność treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. ma miejsce również w przypadku zaoferowania bujaka w kształcie samolotu, zamiast konika, którego wymagał zamawiający. Odwołujący wskazując, iż zaoferowany przez niego bujak - samolot, jest równoważny z wymaganym bujakiem - konikiem, wskazał tylko na funkcjonalność zaoferowanego urządzenia i jego zgodność z normą. Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. W tym wypadku wskazać należy, iż zasadniczym dla oceny tego zarzutu jest charakter przedmiotowego zamówienia. Zamawiający, ustalając wygląd placu zabaw, określił cel, jaki zamierza osiągnąć. Celem tym było zbudowanie placu zabaw również o określonym wyglądzie, nie zaś tylko o określonych funkcjach. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Jeżeli potrzebą zamawiającego było zamówienie bujaka o kształcie konika, zaoferowanie urządzenia o kształcie samolotu nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i nie mieści się w pojęciu "równoważności" w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadną argumentację odwołującego w zakresie materiału, z jakiego wykonana jest konstrukcja zestawu zabawowego, domku z bajki oraz lokomotywy. Zamawiający nie wskazał w s.i.w.z., co wykonawcy powinni rozumieć pod pojęciem "konstrukcja". Termin ten nie posiada także definicji ustawowej. Odwołujący powołał się

zatem na definicję "konstrukcji szkieletowej", zawartą w materiałach dla studentów AGH na kierunku Inżynieria Środowiska, pod redakcją dr inż. Z. K. . W związku z tym, iż zaoferowane zabawki mają konstrukcję szkieletową i wobec braku innej obowiązującej wykonawców definicji, Izba uznała, iż odwołujący mógł powoływać się na definicję przytoczoną w odwołaniu. W ocenie Izby należy przyjąć za utrwalony w orzecznictwie pogląd, iż wszelkiego rodzaju nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (tak m.in.: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2011 roku sygn. akt KIO 1460/11).

W związku z tym, iż część zarzutów wobec oferty odwołującego Izba uznała za zasadną, stwierdzić należy, iż zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia

(umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....