

Sygn. akt: KIO/KD 16/18

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 maja 2018 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Kobierzyce

Al. Pałacowa 1

55-040 Kobierzyce

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: KND/2/2018/DKZP) z dnia 30 marca 2018 r. w przedmiocie zamówienia na dostawę i montaż urządzeń wyposażenia placów zabaw na terenie Gminy Kobierzyce 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Agata Mikołajczyk
	Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 6 kwietnia 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolująca”) kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na dostawę i montaż urządzeń wyposażenia placów zabaw na terenie Gminy Kobierzyce 2015 r. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformowała Zamawiającego, tj. Gminę Kobierzyce pismem z dnia 30 marca 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/2(8)/18/KB), przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, co następuje:

„Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CROQET Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią siwz;

2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione żądanie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, mimo braku określenia sumy gwarancyjnej;

3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C. oraz CROQET Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) poprzez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

W uzasadnieniu ww. decyzji Prezes Urzędu zwróciła uwagę na następujące okoliczności:

1. W pkt III.3 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia i analogicznie sformułowanych zapisów ogłoszenia Zamawiający określił wymagania: „(...) aby dostawca urządzeń przedstawił certyfikat ich zgodności z normą PN-EN 1176 wydany przez jednostkę akredytowaną przy Polskim Centrum Akredytacji w zakresie certyfikacji tej normy” oraz „aby certyfikaty urządzeń

proponowanych przez Dostawcę zostały złożone na etapie składania ofert”. Zamawiający podkreślił, że: „certyfikaty powinny się odwoływać do nazw i kart katalogowych urządzeń, które Wykonawca zamierza zamontować w ramach niniejszego zamówienia. Certyfikaty powinny być wydane w jęz. polskim, a ich okres ważności nie powinien upływać przed dniem planowanego wykonania całości przedmiotu zamówienia tj. 31.08.2015 r.”. Ponadto, w pkt V.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca winien załączyć do oferty przetargowej - certyfikaty (kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) dla każdego oferowanego urządzenia w zakresie zgodności z normą PN-EN 1176 wydane przez jednostkę akredytowaną przy POLSKIM CENTRUM AKREDYTACJI w zakresie certyfikacji tej normy”. Stanowisko zamawiającego znalazło także odzwierciedlenie w treści ogłoszenia – w pkt III.5) Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że dostarczane produkty odpowiadają określonym w siwz normom lub specyfikacjom technicznym należy przedłożyć zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości.

Kontrolująca dostrzegła, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że wykonawca CROQET Sp. z o.o. do oferty nie załączył wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów zgodności z normą PN-EN 1176 na zestaw wspinaczkowy CM-01213 v.11.

Jak zauważyła Prezes Urzędu, pismem dnia 29 czerwca 2015 r., w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego, wykonawca CROQET Sp. z o.o. poinformował, że „zestaw wspinaczkowy <<v11 na bazie CM-0213>> jest w trakcie certyfikowania na bazie certyfikatu na urządzenie podstawowe CM-0213” oraz że „system naszych urządzeń pozwala na dowolne ich konfigurowanie i wymiany poszczególnych elementów, a uzyskanie certyfikatu na nowe urządzenie, po tzw. <<zmianach systemowych>> to formalność, gdyż nasz podstawowy certyfikat zezwala w jego ramach na dowolne zmiany systemowe”.

Z akt postępowania Kontrolująca wywiodła, że Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające, a w piśmie z dnia 7 sierpnia 2015 r. skierowanym do Prezesa Urzędu odnosząc się do braku wymaganych certyfikatów w ofercie wykonawcy CROQET Sp. z o.o. wskazał, iż: „celem postępowania był wybór dostawcy urządzeń bezpiecznych, spełniających obowiązujące w Polsce wymogi bezpieczeństwa. Na etapie poprzedzającym postępowanie Zamawiający nie miał wiedzy, że certyfikacji mogą podlegać zarówno urządzenia jako komplety, jak i poszczególne elementy składające się na dane urządzenie. W toku postępowania Zamawiający stwierdził, że Wykonawca posiada certyfikat na poszczególne modułowe elementy zestawu - rozwiązania równoważne nie gorsze od

oczekiwań Zamawiającego może je dowolnie kompletować i certyfikat na konkretne urządzenie dowolnie skomponowane z modułowych elementów po zbudowaniu i zgłoszeniu do jednostki certyfikującej jest certyfikowane. W ofercie firmy Croquet znajdują się certyfikaty na elementy (str. 76 oferty Wykonawcy), tj. ścianka wspinaczkowa, przepłotnia pajak, przepłotnia linowa oraz drążek (str. 62). Zamawiający stwierdził, że jest to wystarczająca gwarancja, że urządzenie jako całość uzyska certyfikat, tym bardziej, że przedstawienie go jest wymagane dopiero przy odbiorze przez inspektora nadzoru działającego z ramienia Zamawiającego, zamontowanego na gotowo przez Wykonawcę urządzenia.”

Wskazując na powyższe wyjaśnienia Zamawiającego Prezes Urzędu przypomniła, że niedopuszczalna jest ocena oferty oparta o intencje zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ. Nawet jeśli Zamawiający twierdzi obecnie, że inna była jego intencja, to powinien dołożyć należytej staranności na etapie opracowywania SIWZ i wyartykułować tę intencję wprost jeszcze przed terminem składania ofert. Wobec wskazania w SIWZ, iż Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą ww. certyfikatów, za nieuprawnione należy uznać, w ocenie Kontrolującej, działanie Zamawiającego polegające na rezygnacji z tego żądania na etapie oceny ofert.

Prezes Urzędu wskazała na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zwracając uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Prezes Urzędu przywołała ponadto art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Kontrolująca zwróciła uwagę, na podstawie przekazanej dokumentacji, że ww. certyfikaty zgodności oferowanych urządzeń z normą PN-EN 1176 były wymagane przez Zamawiającego w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Były to zatem dokumenty wskazane w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), dalej – „rozporządzenie”, które podlegały

uzupełnieniu. Prezes Urzędu stwierdziła, że brak załączenia przez wykonawcę CROQET Sp. z o.o. do oferty certyfikatu zgodności z normą PN-EN 1176 zestawu wspinaczkowego CM-01213 v.11, w kontekście jego wyjaśnień o potencjalnej możliwości uzyskania takiego certyfikatu (więc *de facto* braku certyfikatu) oznacza, że obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy CROQET Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, Prezes Urzędu uznała, że wskazane naruszenie miało wpływ na jego wynik.

2. Kontrolująca ustaliła także, że jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu i z treści pkt IV SIWZ – Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków, Zamawiający w zakresie zdolności ekonomicznej zażądał od wykonawców, aby byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku, Zamawiający zażądał zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia, przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny Prezes Urzędu zauważyła, że zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Kontrolująca podniosła, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości. Celem przedłożenia polisy jest zatem sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

- 1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia;
- 2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11)).

Z powyższego wynika, zdaniem Kontrolującej, że prawo żądania dokumentów od wykonawców istnieje jedynie wówczas, gdy mają one potwierdzać jednoznacznie postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W przypadku warunku sytuacji ekonomicznej dotyczącego ubezpieczenia konieczne jest zatem wskazanie sumy gwarancyjnej, która będzie udokumentowana w polisie bądź innym dokumencie. Brak określenia sumy gwarancyjnej oznacza, że polisa na każdą kwotę spełniałaby postawiony warunek, co nie pozwalałoby Zamawiającemu prawidłowo ocenić zdolności poszczególnych wykonawców do realizacji zamówienia.

Kontrolująca stwierdziła, że żądanie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, w przypadku braku określenia sumy gwarancyjnej, jest zbędne i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Prezesa Urzędu, naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Prezes Urzędu, na podstawie dokumentacji przekazanej do kontroli ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego została określona na kwotę 205.133,03 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert (19 czerwca 2015 r.) Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 252.313,63 zł. Oferty złożyło 3 nw. wykonawców:

- 1) FIOR Sp. z o.o. – z ceną 185.524,79 zł brutto;
- 2) NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C.– z ceną 167.214,80 zł brutto;
- 3) CROQUET Sp. z o.o. – z ceną 141.141,68 zł brutto.

W toku postępowania ceny zaoferowane przez ww. wykonawców zostały poprawione przez zamawiającego na kwoty:

- 1) FIOR Sp. z o.o. – 185.524,84 zł brutto;
- 2) NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C. – 167.216,04 zł;

3) CROQUET Sp. z o.o. – 141.241,65 zł.

Z zestawienia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynika, że średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi: przed poprawą - 164.660,72 zł, po poprawie – 164.660,84 zł. Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj. 252.313,63 zł) wynosi 176.619,54 zł, a próg ceny oferty niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 115.262,50 zł.

Kontrolująca wskazała, że z dokumentacji przekazanej do kontroli nie wynika, by Zamawiający zwrócił się do wykonawców wskazanych powyżej w ppkt 2) i 3), którzy złożyli oferty z cenami niższymi o 30% od wartości zamówienia o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jak stwierdziła Kontrolująca, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Prezes Urzędu wskazała, że w stanie prawnym obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, jeżeli cena oferty badanej była co najmniej o 30% niższa od wartości zamówienia lub średniej wartości wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający miał ustawowy obowiązek zwrócenia się do danego wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie przez niego podstaw wyceny swojej ceny ofertowej, jej poszczególnych elementów, a także przedstawienia dowodów i uzasadnienia, że nie odbiega ona od realnych, rynkowych cen. W takiej sytuacji ciężar wykazania, że oferta wykonawcy jednak nie jest rażąco niską spoczywa na wykonawcy udzielającemu zamawiającemu stosownych

wyjaśnień. Kontrolująca przywołała wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 417/15), „W związku z jednoznacznie brzmiącym przepisem art. 90 ust. 1 ustawy (...) zamawiający nie mają innej możliwości, a tylko w przypadku wystąpienia kwoty oferty niższej o 30% od wartości zamówienia mają obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obowiązek takiego badania ceny powstaje nawet jeżeli różnica cen w najmniejszym stopniu przekracza 30%. Przepisy ustawy nie dopuszczają istnienia żadnych wyjątków od bezwzględnego żądania wyjaśnień przez zamawiającego w stosunku do każdego z wykonawców, którego oferta opiewa na cenę niższą niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia.”.

Zaniechanie dopełnienia powyższego obowiązku stanowi, w ocenie Prezes Urzędu, naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Kontrolująca stwierdziła, że w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę CROQET Sp. z o.o. (z którym w dniu 7 lipca 2015 r. zawarto umowę w sprawie realizacji kontrolowanego zamówienia) naruszenie powyższego przepisu mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

4. Prezes Urzędu stwierdziła ponadto, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ żądał od wykonawców przedłożenia dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 – 4 rozporządzenia.

Kontrolująca ustaliła, że w Sekcji III.4.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 4.1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, przedłożyli dokumenty wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia, tj. odpowiedniki dokumentów składanych przez wykonawców krajowych, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 rozporządzenia. Tym samym, Zamawiający żądał od podmiotów zagranicznych złożenia także dokumentów potwierdzających brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, nie wymaganych ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ od wykonawców krajowych.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu wskazała, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem Zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się

o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji, zdaniem Kontrolującej, wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie rozporządzenia pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu poinformowała ponadto, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamawiający zgłosił zastrzeżenia w dniu 6 kwietnia 2018 r.

1. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CROQET Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zamawiający zwrócił uwagę, że w SIWZ określono, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca winien załączyć do oferty przetargowej certyfikaty dla każdego oferowanego urządzenia w zakresie zgodności z normą PN-EN1176 wydane przez jednostkę akredytowaną przy Polskim Centrum Akredytacji w zakresie certyfikacji tej normy. Zamawiający wskazał, że odpowiadając na pismo Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień publicznych nr UZP/DKD/PWKZ/425/272(2)/15/AN WK/277/15/DKD, w swoim piśmie z dnia 7 sierpnia 2015 r. potwierdził, że w toku postępowania stwierdził, że wykonawca posiada certyfikat na poszczególne modułowe elementy zestawu i może je dowolnie kompletować. Jak podkreślił Zamawiający, powyższe nie zostało przez Kontrolującą zakwestionowane. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, Zamawiający wyjaśnił, że uznał posiadanie certyfikatów na poszczególne modułowe elementy zestawu za rozwiązania równoważne, nie gorsze od oczekiwanych. Zamawiający stwierdził, że celem postępowania był wybór dostawcy urządzeń bezpiecznych, spełniających obowiązujące w Polsce wymogi i cel ten został spełniony. Zdaniem Zamawiającego, Kontrolująca nie odniosła się w ogóle do tego, dlaczego taki sposób postępowania Zamawiającego uznała za niedopuszczalny.

Zamawiający podniósł ponadto, że wykonawca w piśmie z dnia 29 czerwca 2015 r. potwierdził, że system jego urządzeń pozwala na dowolne ich konfigurowanie i wymiany

poszczególnych elementów, a podstawowy certyfikat zezwala w jego ramach na dowolne zmiany systemowe. Zamawiający zaznaczył, że ta informacja jest zawarta w ofercie tego wykonawcy. Takie same informacje zawarte są w ofertach pozostałych wykonawców, a umieściła je jednostka certyfikująca w załącznikach do certyfikatów. Zamawiający podał, że niezależnie od powyższego, certyfikatem może być też objęte konkretne urządzenie zbudowane z poszczególnych modułów.

Za bezsporne, w ocenie Zamawiającego, należy zatem uznać, że we wszystkich trzech ofertach w zakresie certyfikacji urządzeń zabawowych zespolonych z poszczególnych modułów wykonawcy posługują się wykazem elementów, które można dowolnie konfigurować. Jest to, jak podkreślił Zamawiający, dopuszczalne i powszechnie stosowane.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający za bezzasadny uznał zarzut odnoszący się w tym zakresie do wybranego w postępowaniu wykonawcy tj. firmy CROQUET Sp. z o.o. Zamawiający dodał, że potraktował wszystkich wykonawców w ten sam sposób i przyjął, że załączniki do certyfikatu z informacją podaną przez jednostkę certyfikującą, że elementy można dowolnie konfigurować, są wiarygodną formą udokumentowania przez wykonawców oferowania bezpiecznych urządzeń dla potrzeb zamówienia. Zamawiający wyjaśnił też, że kierował się wyborem wykonawcy mając również na względzie dbałość o finanse publiczne, przy porównywalnych jakościowo oferowanych produktach.

2. Zamawiający argumentował, że udokumentowanie zrealizowania minimum 3 porównywalnych dostaw urządzeń na place zabaw wraz ich montażem o wartości co najmniej 150.000,00 zł (sto pięćdziesiąt tys.) brutto każda w okresie ostatnich trzech lat gwarantowało minimalny poziom ubezpieczenia OC wykonawcy. Jak wyjaśnił Zamawiający, przy niewygórowanej wartości zamówienia intencją Zamawiającego było to, aby wykonawca w ogóle posiadał polisę OC.

Zamawiający zwrócił uwagę, że §1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia, określający żądanie polisy OC nie stanowi, aby dokument składany na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego zdolności ekonomicznej był wystawiony na konkretną kwotę. Kwestia ta, jak zauważył Zamawiający, jest doprecyzowana dopiero przez późniejsze rozporządzenie z 2016 r.

3. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C. oraz CROQUET Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw, aby przyjąć, że oferty zawierają rażąco niskie ceny. Jak podał Zamawiający, do postępowania przystąpiło trzech wykonawców, a oferowane przez nich ceny były zbliżone - średnia arytmetyczna trzech cen to 164.660,84 zł i żadna z cen nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. W związku z powyższym, jak wyjaśnił Zamawiający, Zamawiający powziął przypuszczenie, że to dokonany przez niego szacunek zamówienia był zbyt wysoki. Zamawiający powołał się też na pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2016 r. o sygn. akt KIO 513/16, w którym stwierdzono, że od formalnej zasady wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie ceny mogą istnieć odstępstwa. Z powyższego wynika, w ocenie Zamawiającego, że przepis ten nie ma charakteru bezwzględny. Jeśli ceny zaoferowane przez wykonawców nie budzą wątpliwości, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zamawiający podkreślił, że umowa została wykonana w sposób prawidłowy, a przedmiot zamówienia został odebrany, co świadczy o tym, że cena została skalkulowana prawidłowo. Brak wezwania nie miał więc wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający stanął na stanowisku, że z uwagi na fakt, że ustawę Pzp należy odczytywać w świetle odpowiednich Dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady, należy bardziej kierować się wykładnią celowościową niż literalną. Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwości co do zaoferowanych cen.

4. Zamawiający wyjaśnił, że postawienie w SIWZ wyższych wymagań dotyczących podmiotów zagranicznych było omyłką tekstową i niedopatrzaniem polegającym na powtórzeniu błędu w SIWZ oraz częściowo w ogłoszeniu. Zamawiający stwierdził, że wobec braku zapytań przetargowych w tym zakresie ze strony potencjalnych wykonawców zapis nie został zweryfikowany i pozostał w dokumentach, nie mając wpływu na przebieg postępowania.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r. Prezes Urzędu poinformowała Zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 30 marca 2018 r.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazała je w dniu 23 kwietnia 2018 r. (pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r.) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie. Analiza akt postępowania potwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustaliła stan faktyczny przedmiotowej kontroli.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezes Urzędu, która stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty CROQUET Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba miała na uwadze postanowienia SIWZ i ogłoszenia dotyczące wymagań dysponowania przez wykonawcę certyfikatami zgodności oferowanych urządzeń w normą PN-EN1176, jak też postanowienia dotyczące dokumentów, jakie zobowiązany był przedstawić wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (w tym pkt III.3 oraz V.1 SIWZ). Z ww. dokumentów wynika jednoznacznie, że Zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawców certyfikatów na oferowane urządzenia, nie zaś na ich poszczególne części składowe. Ustalony w sprawie stan faktyczny wskazuje, że CROQUET Sp. z o.o. nie załączyła do oferty wymaganego przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej certyfikatu zgodności z normą PN-EN1176 zestawu wspinaczkowego CM-01213 v. 11. O braku posiadania przez ww. wykonawcę takiego certyfikatu świadczą złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia o potencjalnej możliwości jego pozyskania. Mając na uwadze powyższe, Izba zgodziła się z Kontrolującą, że Zamawiający oraz wykonawcy ubiegający się o zamówienie są związani treścią ogłoszenia oraz SIWZ i brak jest możliwości czynienia odstępstw od treści ww. dokumentów. Nie mogą mieć znaczenia dla rozpoznania zastrzeżeń intencje Zamawiającego, jako że nie zostały one wyrażone w SIWZ i ogłoszeniu. Jak wskazano powyżej, treść tych dokumentów bez wątpienia wskazuje, że wymóg Zamawiającego polegał na przedstawieniu przez wykonawcę wraz z ofertą certyfikatu na dostarczony zestaw wspinaczkowy, nie zaś na poszczególne jego elementy.

Izba nie znalazła także podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń w zakresie stwierdzonego przez Prezes Urzędu naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez nieuprawnione żądanie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, pomimo braku określenia sumy gwarancyjnej. Izba przychyliła się do twierdzeń Kontrolującej, że art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a zatem takich, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w ogłoszeniu i SIWZ. Polisa ubezpieczeniowa może być żądana przez Zamawiającego jako dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawcę warunku ekonomicznego. Celem żądania takiej polisy jest sprawdzenie

zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem możliwości wykonawcy ubezpieczenia prowadzonej działalności na określoną przez Zamawiającego sumę i pozyskanie pozytywnej weryfikacji ubezpieczyciela. Niewątpliwie zatem prawo żądania dokumentu polisy powstaje wtedy, gdy dokument ten ma potwierdzać spełnianie postawionego przez Zamawiającego warunku. Wobec jego braku, żądanie przedłożenia polisy na nieokreśloną kwotę nie pozwala na ocenę zdolności wykonawców do realizacji zamówienia, jest zatem zbędne i narusza ww. przepis ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego również w zakresie stwierdzonego przez Prezes Urzędu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C. oraz CROQUET Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wg stanu prawnego właściwego dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązywał Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przepis ten wprowadzał zatem próg, wobec zaistnienia którego nie miały znaczenia przekonania Zamawiającego o realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Zamawiający zobowiązany był do wystosowania do ww. wykonawców wezwania w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co nie jest przesądza, jak słusznie stwierdziła Kontrolująca, że dany wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Obowiązek, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zaktualizował się w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wobec wykonawców NOVUM Wyposażenie Placów Zabaw S. C. oraz CROQUET Sp. z o.o. z uwagi na różnicę, jaka powstała pomiędzy zaoferowanymi przez ww. wykonawców cenami a szacunkową wartością zamówienia.

Na uwzględnienie nie zasługiwały również zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie stwierdzonego przez Prezes Urzędu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret trzecie rozporządzenia przez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Zamawiający w swoim piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. nie kwestionował stwierdzonych przez Prezes Urzędu okoliczności wyjaśniając, że były one skutkiem omyłki i niedopatrzenia, niecelowe zatem byłoby dalsze wskazywanie na zasadność stwierdzonego naruszenia. Izba miała przy tym na względzie fakt, że Kontrolująca nie stwierdziła wpływu ww. naruszenia na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....