

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 grudnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 20 października 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego **Gmina Sułoszowa, ul. Krakowska 139, 32-045 Sułoszowa**, dotyczących »Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej«, która to informacja została zawarta w piśmie z 20 października 2016 r., (znak: UZP/DKUE/KD/98/2016) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: »Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Wielmoża – część II – etap I«

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Kisiel

Emil Kawa

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

Uzasadnienie

22.01.2015 r. zamawiający Gmina Sułoszowa, ul. Krakowska 139, 32-045 Sołuszowa wszczął postępowanie na roboty budowlane pn. »Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Wielmoża – część II – etap 1«. Zamawiający zamieścił 22.01.2016 r. »Ogłoszenie o zamówieniu« w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 9671-2015.

Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 6.496.584,85 zł (1.537.689,60 euro). Do współfinansowania zamówienia zostały użyte środki UE – PROW 2007-2013.

Ze względu na datę wszczęcia postępowania do postępowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) (dalej w skrócie »ustawa« lub »Pzp«).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania zamówieniowego w dniach od 30.06.2016 r. do 19.10.2016 r., zgodnie z art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 Pzp.

20.10.2016 r. kontrolujący wystosował »Informację o wyniku kontroli doraźnej następczej«. W dokumencie kontrolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców:
 - a) A Sp. z o.o.
 - b) B
 - c) konsorcjum: C, D– do uzupełnienia ofert o dokumenty wskazujące na spełnienie warunków podmiotowych;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum E i F Sp. j. – z powodu niewniesienia prawidłowego wadium;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum G i H spółka jawna z powodu niewniesienia prawidłowego wadium;
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wykonawców, których oferty były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość VAT;
- 5) art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S, podczas gdy udzielenie ogólnych wyjaśnień bez wskazania dowodów przez tego wykonawcę stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty w świetle wymienionego przepisu;

- 6) art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 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. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, przez żądanie w przedmiotowym postępowaniu dokumentu opłaconej polisy OC, jednakże bez stosownego opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przez wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niż od wykonawców zagranicznych;
- 8) art. 25 ust. 1 Pzp przez żądanie od wykonawców oświadczeń, które nie były oświadczeniami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, a także, które nie zostały określone w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów oraz dotyczyły okoliczności nie wymienionych jako podstawy wykluczenia w art. 24 ust. 1 Pzp.

Od wyników kontroli doraźnej, zgodnie z art. 167 ust. 1 Pzp, Wójt Gminy Sołuszowa złożył umotywowane zastrzeżenia pismem z 2.11.2016 r. w ośmiu adnotacjach. Z powodu nieuwzględnienie tych zastrzeżeń Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał sprawę do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z art. 167 ust. 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza w znaczącej mierze analogicznie, do stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak następuje:

1. Zamawiający zastrzegł, że:

»a) A Sp. z o.o. w załączniku nr 5 do SIWZ wskazała dwa zadania w wartościach wyższych niż wymagane natomiast w ramach jednego z nich 10 kpi. pompowni ścieków tj. 5 razy więcej niż wymagana liczba w SIWZ. Ponadto należy podkreślić że montaż sterowania i monitoringu jest standardem a zapis w SIWZ miał charakter jedynie informacyjny. Komisja biorąc powyższe uznała że oferent spełnił warunek specyfikacji.

b) Oferta nr 5 zawierała informacje o wykonanych pompowniach ścieków w ilościach odpowiednio 5 i 4 na wykonanych zadaniach. Ponadto należy podkreślić że montaż sterowania i monitoringu jest standardem a zapis w SIWZ miał charakter jedynie informacyjny. Komisja biorąc powyższe uznała że oferent spełnił warunek specyfikacji.

c) Z dokumentów przedłożonych przez konsorcjum wynikało że Pan J. K. posiada uprawnienia dłużej niż trzy lata co wynika z numeracji uprawnień (99/99 oraz 999/99). Tym samym oferent spełnił warunek SIWZ«.

Krajowa Izba Odwoławcza opiniuje, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych słusznie stwierdził, że w zakresie doświadczenia zamawiający wymagał „wykazania przez wykonawcę realizacji w ostatnich pięciu latach [...], co najmniej dwóch przedsięwzięć o charakterze i trudności wykonania takich samych jak zamówione roboty o wartości min. 2.000.000 zł każda, a w ramach min. jednego z tych zamówień zrealizowana miała być przepompownia ścieków z systemem sterowania i monitoringu”. Zamawiający wymagał złożenia dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W zakresie potencjału kadrowego zamawiający wymagał „wykazanie przez wykonawcę do zatrudnienia kierownika budowy z nie mniej niż trzyletnim doświadczeniem na tym stanowisku posiadającego: – uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych [...] lub odpowiadające im ważne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie [...]”. Zamawiający wymagał złożenia dokumentów, określonych w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Z argumentacji zamawiającego wynika, że wykonawca A złożył »Wykaz robót budowlanych«, z którego wynika, że wykonawca ten w wymaganym okresie wykonał budowę kanalizacji sanitarnej [...] oraz kanalizacji sanitarnej o łącznej długości kanalizacji 47.817331 m, w ramach zadania wykonano 10 kpl. pompowni ścieków o wartości 52.268.144,81 zł. Była to jedyna robota budowlana wskazana w załączniku nr 5. Do oferty wykonawca dołączył tylko jeden list referencyjny na potwierdzenie należytego wykonania przytaczanego zadania.

Mimo to zamawiający nie wzywał wykonawcy o wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska kontrolującego, że zamawiający w SIWZ czytelnie i konkretnie wymagał co najmniej dwóch przedsięwzięć o charakterze i trudności wykonania takich samych jak zamawiane roboty, o wartości min. 2.000.000 zł każda. W ofercie wykonawcy A wykazane zostało tylko jedno zadanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej [...]”. Bez znaczenia pozostaje fakt, że jedyna wykazana robota obejmowała swym zakresem pięciokrotnie większą liczbę kompletów pompowni ścieków, czy też, że wartość samego zadania przewyższała wielokrotnie wymagania postawione w warunku.

Wykonawca zamierzający złożyć na wykazanie spełnienia warunku inne roboty niż wymagane przez zamawiającego mógł przed upływem terminu składania ofert zadawać

pytania zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, ale tylko przed upływem terminu składania ofert. Bez tego wykonawca musi ściśle stosować się do postanowień SIWZ, a zamawiający po upływie terminu składania ofert również nie może dokonywać jakichkolwiek odstępstw od pierwotnego brzmienia SIWZ.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zamawiający niczym nie uzasadnił, że którekolwiek postanowienie SIWZ miało jedynie charakter informacyjny, a takie uznanie postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert mogłoby prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, czyli zasady prowadzenia postępowania zamówieniowego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Także z wykazu ani z załączonych przez wykonawcę referencji nie wynika, że wskazane zadanie obejmuje również montaż sterowania i monitoringu, co było wymagane. Dlatego zamawiający powinien wezwać ww. wykonawcę o odpowiednie uzupełnienie wykazu robót.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza za kontrolującym, że zamawiający – przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – naruszył ten przepis.

Podobnie za kontrolującym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że twierdzenia zamawiającego, że w ofercie wykonawcy B wykazane zostały zadania, w których montaż sterowania i monitoringu jest standardem są oparte tylko na domniemaniach zamawiającego. Jeżeli zamawiający w opisie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wyraźnie wymagał wykazania montażu sterowania i monitoringu, to obowiązkiem zamawiającego jest sprawdzić, czy w wykazie robót wykonawca wykazał wymagany montaż. Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na własnych domniemaniach, że ujęte w wykazie roboty obejmowały montaż sterowania i monitoringu.

W sytuacji, w której w ofercie wykonawcy B wskazane zadania nie zawierały w swym zakresie przepompowni ścieków z systemem sterowania i monitoringu, zamawiający zobowiązany był wezwać takiego wykonawcę do uzupełnienia wykazu robót. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

Również zamawiający postawił, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia konsorcjum C, D złożony został dokument, z którego wynikało, że wskazana osoba posiada uprawnienia dłużej niż 3 lata na podstawie dokumentów o nrach 99/99 oraz 999/99, jednak zamawiający żądał nie osiadania uprawnień, ale nie mniej niż trzyletniego doświadczenia na tym stanowisku i dodatkowego posiadania odpowiednich uprawnień. Nigdzie nie zostało wykazane, że wskazana osoba posiada wymagane 3-letnie doświadczenie zawodowe na odpowiednim stanowisku.

Fakt posiadania uprawnień od wskazanej daty nie jest równoznaczny z posiadaniem doświadczenia zawodowego, gdyż osoba z takimi uprawnieniami wcale nie musiała pracować na odpowiednim stanowisku. Skoro zamawiający wymagał wykazania

doświadczenia zawodowego na odpowiednim stanowisku to zamawiający musi zweryfikować czy wykonawca wykazał posiadanie danego doświadczenia, a nie tylko posiadanie odpowiednich uprawnień. W przypadku natknięcia się na brak wykazania doświadczenia, zamawiający powinien zażądać od wykonawcy uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, czego zamawiający nie dopełnił.

Wobec ustaleń kontrolującego, a także tłumaczeń zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego kwestionujące obowiązek wezwania wykonawców w przytoczonych przypadkach, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu robót budowlanych lub wykazu osób, nie mogą być uwzględnione.

2. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zamawiający uznał, że wniesione przez konsorcjum E i F Sp. j. w postaci gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi ustawy, gdyż przywołane w gwarancji wadialnej przepisy są prawidłowe, a podany zakres okoliczności uprawniających do zatrzymania wadium, chociaż nie obejmuje całego katalogu okoliczności, to jednak w takim przypadku ma zastosowanie przepis wprost z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Należy stwierdzić za kontrolującym, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium jest swoistą umową pomiędzy gwarantem a zleceniodawcą. W gwarancji ubezpieczeniowej muszą być co najmniej określone warunki świadczenia pieniężnego i zobowiązanie ubezpieczyciela do spełnienia świadczenia pieniężnego, ale w przypadku zaistnienia ściśle określonych warunków. Wskazanie okoliczności obowiązku dokonania świadczenia ubezpieczyciela musi być na tyle precyzyjne, żeby nie budzić wątpliwości zamawiającego, do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Możliwość zamawiającego zaspokojenia się z gwarancji nie może być kwestionowana przez żaden podmiot, a zwłaszcza przez ubezpieczyciela.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że w przypadku braku wpisanych w gwarancji wszystkich sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp zamawiający nie będzie w pełni zabezpieczony. W związku z tym powszechnie się uznaje, że gwarancja nie zawierająca pełnej listy przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp nie spełnia warunku właściwego zabezpieczenia oferty przez odpowiednią gwarancję wadialną. Dodatkowym istotnym czynnikiem ważności gwarancji jest powołanie się na odpowiednie brzmienie obowiązujących przepisów. Przepisy te należy przywoływać w sposób nie budzący wątpliwości. Takie przywołanie można wzorować na przywoływaniach przepisów

w Dzienniku Ustaw. Jest to regulowane w § 158 ust. 3 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r., poz. 283), który to przepis brzmi »Jeżeli po ogłoszeniu tekstu jednolitego aktu normatywnego, do którego się odsyła, nastąpiły kolejne zmiany tego aktu, przytaczając oznaczenie rocznika, numeru i pozycji dziennika urzędowego, w którym ogłoszono tekst jednolity, podaje się również rocznik, numer i pozycje dzienników urzędowych, w których ogłoszono kolejne zmiany tego tekstu«. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że inne wskazywanie obowiązujących przepisów nie jest zabronione, ale żaden inny sposób nie jest tak doskonały jak wskazany w »Zasadach techniki prawodawczej« i stosowany w najważniejszym organie promulgacyjnym Rzeczypospolitej, jakim jest »Dziennik Ustaw«.

Ze względu na datę wszczęcia rozpoznawanego postępowania zamówieniowego do postępowania należy stosować przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232). Tymczasem w gwarancji znajdowało się przywołanie przepisów cyt. »ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2010 r. Nr 113. poz. 759 z późn. zm.)«. Takie przywołanie, oprócz braku precyzji, nie obejmowało przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu obowiązującym od 19.10.2014 r., który to przepis został zmieniony art. 1 pkt 10 ustawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Dlatego kontrolujący zasadnie uznał, że kwestionowana gwarancja wadialna jest nieprawidłowa, bo nie obejmuje swoim zakresem wszystkich okoliczności stanowiących podstawę zatrzymania wadium zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu obowiązującym od 19.10.2014 r.

Z tego powodu Krajowa Izba Odwoławcza musi uznać za nieuzasadnione zastrzeżenia zamawiającego dotyczące prawidłowości i skuteczności gwarancji wadialnej wniesionej przez Konsorcjum E i F Sp. j., a zaniechanie wykluczenia tych wykonawców za naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

3. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zamawiający uznał, że ustanowione wadium na jednego z konsorcjantów wywołuje skutki prawne w stosunku do obydwu konsorcjantów, albowiem przedłożone zostało stosowne pełnomocnictwo, na którego podstawie partner wstępuje w prawa i obowiązki pierwszego. Należy podnieść, że istnieje spór w doktrynie i brak jest jednoznacznej interpretacji w tym zakresie«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla za kontrolującym, że gwarancja ubezpieczeniowa dla jednego z przyszłych konsorcjantów została wystawiona wcześniej niż moment utworzenia tego właśnie konsorcjum. Ponadto w Informacji o wyniku kontroli nie była kwestionowana skuteczność gwarancji wadialnej wystawionej na jednego tylko wykonawcę w istniejącym już konsorcjum. Co do zasady gwarancja wadialna może być wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum, ale członek konsorcjum musi być już umocowany do działania na rzecz i w imieniu konsorcjum.

Wykonawcy ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w toczącym się postępowaniu 6.02.2015 r. Natomiast gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona 5.02.2015 r. tj. wcześniej niż moment rozpoczęcia wspólnego działania przez wykonawców w celu ubiegania się o zamówienie. Dlatego należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo, bo nie obejmowało działań obu członków konsorcjum.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum G i H spółka jawna z powodu niewniesienia prawidłowego wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego odnośnie prawidłowości oraz skuteczności wniesionej przez ww. konsorcjum gwarancji wadialnej, nie mogą zostać uznane za zasadne.

4. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zamawiający interpretował przepis art. 90 ust. 1 Pzp w ten sposób, że za rażąco niską cenę rozumie się ofertę, której wartość jest o minimum 30% niższa niż średnia arytmetyczna z wartości złożonych ofert. Biorąc pod uwagę taką interpretację zamawiający wezwał dwóch oferentów do złożenia wyjaśnień. Różne rozumienie powyższego przepisu zostało wyjaśnione przez KIO w rok po rozstrzygnięciu naszego przetargu«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 *in initio* Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania cyt. » 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 [...]«.

Zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający jest obowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej zwłaszcza w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający także jest obowiązany wszcząć tę procedurę wyjaśniającą, gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wynika to z zastosowania w przepisie spójnika »lub«. Jednak tak niski poziom zaoferowanej ceny nie przesądza, że zaproponowana cena jest ceną rażąco niską, bo to musi stwierdzić na podstawie wyjaśnień w każdej konkretnej sytuacji sam zamawiający.

Takie rozumienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp nie było kwestionowane.

Dlatego kontrolujący zasadnie stwierdził, że zaniechanie wezwania wymienionych w »Informacji« wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza jest obowiązana uznać, że zastrzeżenia zamawiającego w zakresie interpretacji przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, nie są zasadne.

5. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zamawiający uznał wyjaśnienia obu oferentów za wystarczające i z uwagi na to nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla za kontrolującym, że zamawiający wszczynając procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma obowiązek odrzucić ofertę jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wynika z art. 90 ust. 2 Pzp. Należy podkreślić, że wyjaśnienia wykonawcy S były ogólnikowe, niedokładne, nie potwierdzały prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Także wykonawca ten nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie swych wyjaśnień, a art. 90 ust. 1 Pzp właśnie również stanowi o dowodach w zakresie wykazania, że oferta nie nosi znamion oferty z rażąco niską ceną.

Dlatego – za kontrolującym – należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza musi uznać, że zastrzeżenia zamawiającego nie są zasadne w zakresie stwierdzenia, że wykonawca złożył „wystarczające” wyjaśnienia dotyczące ceny i z tego powodu nie należy odrzucić oferty tego wykonawcy.

6. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zamawiający żądał przedłożenia polisy ubezpieczeniowej oc. Wszyscy oferenci stosowne opłacone polisy złożyli, czym spełnili stawiane warunki. Sam fakt posiadania polisy był przez Zamawiającego traktowany jako wystarczający«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje za kontrolującym, że żądanie przez zamawiającego złożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w sytuacji nieopisania sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Dla zamawiającego było wystarczające wykazanie posiadania przez wykonawcę polisy bez względu na jej wartość. Na równi wykonawcy mogli wykazać, w przypadku braku polisy posiadanie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Jednak zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie dotyczącym zdolności ekonomicznej, czyli nie wskazał, na jaką wartość powinna opiewać polisa, aby wykonawca spełnił wskazany warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp zamawiający mógł żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumentami niezbędnymi są m.in. takie dokumenty, które potwierdzają spełnienie danego warunku. Jednak taki warunek musiał być opisany, czyli musiały być przedstawione konkretne wymagania w celu spełnienia tego warunku).

Krajowa Izba Odwoławcza – za kontrolującym – stwierdza, że zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określił, jaka jest wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, dlatego nie można uznać, że żądany dokument, mimo jest wymieniony w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (opłacona polisa), jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, bo dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego określonego warunku udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający w zastrzeżeniach nie powołał się na żadne

okoliczności, które potwierdzałyby żądanie od wykonawców opłaconej polisy, w sytuacji zaniechania opisanego warunku, jaki ten dokument ma potwierdzać.

W związku z tym nie można wymagać dokumentu nie opisującego przy tym sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów i Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego dotyczące tego zagadnienia, nie mogą być uznane za zasadne.

7. Zamawiający zastrzegł, że:

»Zastosowane wymagania zdaniem zamawiającego nie naruszają warunków równego traktowania, gdyż nie dyskryminują oferentów ze względu na siedzibę firmy«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, jak kontrolujący, że zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ od wykonawców polskich złożenia dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, czyli aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast zamawiający zaniechał żądania od wykonawców zagranicznych analogicznego dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

W związku z tym różnym traktowaniem wykonawców w postępowaniu doszło do naruszenia warunków równego traktowania wykonawców, co jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający bez wykazania podstawy zastrzegł, że takie odmienne traktowanie wykonawców ze względu na kraj pochodzenia nie narusza warunków równego traktowania, gdyż nie dyskryminuje wykonawców ze względu na siedzibę firmy.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie znajduje podstaw aby uznać, że zastrzeżenia zamawiającego są zasadne.

8. Zamawiający zastrzegł, że:

»Wymagane w SIWZ oświadczenia, o których mowa w pkt 1 i 2 załącznika nr 3 do SIWZ nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania«.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argumentacja kontrolującego jest zasadna i nie można uwzględnić zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje za kontrolującym, że w treści art. 24 Pzp nie zostały wymienione podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania określone przez zamawiającego w pkt 1 i 2 załącznika nr 3 do SIWZ (ani w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów). Pośrednio przyznał to sam zamawiający wskazując, że to działanie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla za kontrolującym, że z art. 166 ust. 1 Pzp wynika, że w »Informacji o wyniku kontroli« Prezes Urzędu wskazuje wszystkie naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które potwierdziły się w toku kontroli, bez względu na ich wpływ na wynik postępowania. Dlatego fakt, że dane naruszenie wskazane w »Informacji o wyniku kontroli« nie miało wpływu na wynik postępowania, nie stanowi podstawy do zaprzeczenia, że wykazane naruszenie miało miejsce.

Dlatego też żądanie przez zamawiającego od wykonawców oświadczenia w zakresie, w jakim dotyczyło to ww. pkt 1 i 2, nie było niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Oznacza to, że żądając złożenia ww. oświadczenia w zakresie pkt 1 i 2 zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 Pzp.

W związku z tym Krajowa Izba Odwoławcza jest zmuszona stwierdzić, że zastrzeżenia zamawiającego w omówionym zakresie, nie są zasadne.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zamawiający sam wskazuje zagadnienia »Informacji o wyniku kontroli«, do których składa zastrzeżenia. Mogą to być wszystkie ustalenia bądź którykolwiek z wyników przedstawionych w »Informacji o wyniku kontroli«. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że pominięcie niektórych ustaleń przez zamawiającego w zastrzeżeniach nie ma wpływu na treść opinii Krajowej Izby Odwoławczej.

Wobec przytoczonej argumentacji Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....