

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2020r.

przez odwołującego: Apis Polska Sp. z o. o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Miejska Jarosław, ul. Rynek 1, 37-500 Jarosław

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Jarosław, ul. Rynek 1, 37-500 Jarosław

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Apis Polska Sp. z o. o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Jarosław, ul. Rynek 1, 37-500 Jarosław kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Apis Polska Sp. z o. o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono na czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są:

„Roboty budowlane związane z budową obiektu małej architektury - placu zabaw dla dzieci wraz z ogrodzeniem przy ul. Skarbowskiego w Jarosławiu w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Tworzenie miejsc opieki w Miejskim żłobku nr. 1 „Radosny Zakątek”, ul. Skarbowskiego 10 w Jarosławiu.„, Znak sprawy: ZP.271.2.50.2020.

Numer ogłoszenia o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych: rok: 2020; Nr pozycji: 582732-N-2020.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. z późniejszymi zmianami (ustawa):

Odrzucenie oferty Odwołującego z przetargu z naruszeniem przepisów ustawy

Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

Zarzuca się zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

1. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. Art 89 ust. 1 pkt. 2 - poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Apis Polska Sp. z o.o. mimo, iż jej treść odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
3. Art. 7 ust. 3 poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
4. art. 30b ust 1 i 3 przez nieuprawnioną nadinterpretację zapisów SIWZ oraz żądanie niedopuszczalnych w świetle ustawy PZP dokumentów;
5. oraz innych przepisów wymienionych w treści odwołania.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania o:

1. Uwzględnienie niniejszego odwołania;
2. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MULLER Jelcz- Laskowice Sp. z o.o.;
3. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego firmy Apis Polska Sp. z o.o.,

4. Przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownej oceny i badania złożonych ofert;
5. a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
6. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

W postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Jarosław w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Roboty budowlane związane z budową obiektu małej architektury - placu zabaw dla dzieci wraz z ogrodzeniem przy ul. Skarbowskiego w Jarosławiu w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Tworzenie miejsc opieki w Miejskim żłobku nr. 1 „Radosny Zakątek”, ul. Skarbowskiego 10 w Jarosławiu”,

Apis Polska Sp. z o.o. w dniu 06.11.2020r. została zawiadomiona o odrzuceniu oferty, a to z uwagi na rzekome nieprzedłożenie przez oferenta dokumentów spełniających wymogi SIWZ.

Wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. dnia 01.10.2020 r. został wezwany przez Zamawiającego do przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca dnia 07.10.2020 r. przedłożył wszystkie wymagane dokumenty, w tym wyszczególnione w ppkt d) w piśmie Zamawiającego karty techniczne proponowanych urządzeń zabawowych, certyfikaty na urządzenia zabawowe, autoryzacje producenta na położenie nawierzchni bezpiecznej z potwierdzeniem gwarancji. Dokumentacja odwołującego w szczególności obejmowała:

Certyfikaty Europejskiego Centrum Jakości i Promocji Sp. z o. o.:

nr 01/02/2019/01/00 dla systemu APIS, który to zakłada możliwość konfigurowania zestawów zabawowych w oparciu o moduł,

nr 02/07/2018/03 dla urządzeń placu zabaw: urządzenia kołyszące i huśtawki wagowe,

nr 08/04 /2019/04/00 dla bujaka na dwóch sprężynach „triceratops”, pojazdu jaskiniowców, sprężynowca „jajo dinozaura”, sprężynowiec sprawnościowy, sprężynowiec owad ,

nr 15/05/2018/08/00 dla Piaskownic,

nr 10/06/2019/04/00 dla karuzeli krzyżowej, karuzeli talerzowej prostej, karuzeli talerzowej z siedziskiem,

nr 10/04/2020/02/01 dla huśtawki wahadłowej,

oraz

certyfikaty Głównego Ośrodka Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o., tj.:

nr 04/10/2020 dla urządzenia wirująca kula,

nr 06/10/2020 dla urządzenia Sprężynowiec piłka na przegubach,

nr 03/10/2020 dla urządzenia lustro,

nr 01/10/2020 dla urządzenia wesole miasteczko,

nr 2/10/2020 dla urządzenia kalejdoskop.

nr 05/10/2020 dla urządzenia dysk obrotowy lejek.

Zamawiający powziął wątpliwość co do przedłożonych mu przez Apis Polska sp. z o.o. certyfikatów na urządzenia zabawowe tj. kółko i krzyżyk, zestaw zabawowy „lokomotywa z wagonami”, wirująca kula, sprężynowiec piłka na przegubach, lustro, wesole miasteczko, kalejdoskop, huśtawka bocianie gniazdo, dysk obrotowy -lejek, wskazując, że certyfikaty winny być wydane przez jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE nr 765/2008 z dnia 09.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku, odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) 339/93, a także wezwał do przedłożenia brakującej karty technicznej urządzenia „huśtawka wagowa”, na którą załączono jedynie certyfikat.

Konsekwentnie Wykonawca spełniając wymogi SIWZ pismem z dnia 22.10.2020 r. przedłożył wymagane dokumenty, a to certyfikaty na poszczególne urządzenia wydane przez Europejskie Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to jednostka posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji (zakres akredytacji nr AC184 - jest to informacja powszechnie znana dostępna na stronie P A, zakres akredytacji w załączeniu).

Na przedłożone przez Wykonawcę dokumenty składały się:

karta techniczna urządzenia tożsamego do „huśtawki wagowej”, tj. „huśtawka ważka metalowa”;

Certyfikat nr 21/09/2020/04/00 Europejskiego Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. na urządzenia wolnostojące w tym: wirująca kula, dysk obrotowy lejek, kalejdoskop, lustro;

Certyfikat nr 21/09/2020/03/00 Europejskiego Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. na zestaw zabawowy „Lokomotywa z wagonami”;

Certyfikat nr 21/09/2020/06/00 Europejskiego Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. na sprężynowiec Piłka na przegubach;

Certyfikat nr 21/09/2020/05/00 Europejskiego Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. na Karuzele Wesole Miasteczko.

Wszystkie te certyfikaty zostały wydane przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, tj. Europejskie Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji (zakres akredytacji

nr AC 184 - w załączeniu), co Zamawiający mógł samodzielnie zweryfikować na stronie internetowej Polskiego Centrum Akredytacji www.pca.gov.pl, bowiem jak czytamy w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2019 r., Sygn. akt: KIO 31/19 „Zamawiający badając oferty powinien brać pod uwagę wszystkie okoliczności, a w tym również argumenty uzyskane nieformalnie. Nie muszą one być wnoszone tylko w trybie przewidzianym w szczególności w art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Wykonawca jednocześnie wskazał, że urządzenie kółko i krzyżyk objęte jest certyfikatem nr 01/02/2019/01/00 System Apis oraz urządzenie huśtawka bocianie gniazdo objęta jest certyfikatem nr 10/04/2020 /02/01 huśtawki wahadłowe, przedłożonymi już Zamawiającemu wraz z pismem dnia 07.10.2020 r.

Konsekwentnie więc Wykonawca przedłożył wszelkie dokumenty świadczące o spełnieniu przez niego warunków udziału w postępowaniu, w tym wymagane w SIWZ certyfikaty na urządzenia, co istotne wydane przez jednostkę posiadającą w wymaganym zakresie akredytację PCA, czym spełnił wymagania Zamawiającego, a mimo to jego oferta została odrzucona.

Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie wskazanych wyżej przepisów Pzp.

Podkreślenia wymaga bowiem, że Wykonawca - zgodnie z dokumentacją techniczną oraz rozdz. VII pkt. 3 ppkt.4 - SIWZ przedłożył wszystkie wymagane certyfikaty wydane przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej (WE) nr 765/2008 z dnia 09.07.2008r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku, odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93, tj. Europejskie Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji - zakres akredytacji nr AC 184.

Zamawiający dokonując oceny oferty Wykonawcy, błędnie stwierdził, że przedłożone przez firmę Apis Polska Sp. z o.o. w dniu 22.10.2020r. certyfikaty na urządzenia tj. wirującą kulę, sprężynowiec piłka na przegubach, lustro, zestaw zabawowy lokomotywa z wagonami, wesole miasteczko, kalejdoskop, dysk obrotowy - lejek, huśtawka wahadłowa bocianie gniazdo nie spełniają wymogów SIWZ, a to aby „certyfikaty były wydane przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub krajowej jednostki akredytującej pozostałych państw członkowskich, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej (WE) nr 765/2008 z dnia 09.07.2008r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku, odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93, lub certyfikaty na znak bezpieczeństwa B wydane przez Jednostkę Certyfikującą, posiadającą umowę z Polskim Stowarzyszeniem na rzecz Badań Technicznych i Atestacji”, w wyjaśnieniu jednak odrzucenia oraz w odpowiedzi na informację Odwołującego z dnia 10.11.2020 r. o czynności niezgodnej z przepisami ustawy Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia był fakt, że przedłożone przez Apis Polska certyfikaty, nie zostały wydane w „programie akredytacyjnym” (winno być akredytowanym), podczas gdy takiego wymogu nie zawarto w treści SIWZ, a tym samym nie można było oczekiwać tego rodzaju certyfikatów od oferentów, co więcej czynić z tego podstawy odrzucenia.

W ocenie odwołującego jego oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ, wobec czego zamawiający nie powinien oceniać oferty według treści, które nie wynikają z dokumentacji postępowania, a są dowolną, niedozwoloną interpretacją zamawiającego.

Jak czytamy w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2019 r. KIO 1057/19 „Treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert”.

Co za tym idzie Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Apis Polska Sp. z o.o., bowiem Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie przedstawił Zamawiający. Czynność ta została zatem dokonana z naruszeniem przepisu art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy PZP.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania.

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 26 listopada 2020r.

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wnoszę odpowiedź na odwołanie złożone w dniu 12.11. 2020 r. przez Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. 3 — go Maja 85, 37 — 500 Jarosław w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miejską Jarosław w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: roboty budowlane związane z budową obiektu małej architektury- placu zabaw dla dzieci wraz z ogrodzeniem przy ul. Skarbowskiego w Jarosławiu w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Tworzenie miejsc opieki w Miejskim Żobku nr 1 „Radosny Zakątek” ul. Skarbowskiego 10 w Jarosławiu.

Wobec bezpodstawności stawianych przez Odwołującego zarzutów wskazanych we wniesionym odwołaniu zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości na koszt odwołującego się.

Uzasadnienie

W odwołaniu z dnia 12.11.2020 r. Odwołujący się zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 30 b ust. 1 i 3 wnosi o:

- 1.Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Müller Jelcz— Laskowice Sp. z o.o.;
- 2.Unieważnienia czynności odrzucenia oferty firmy Apis Polska Sp. z o.o.;
- 3.Przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownej oceny i badania złożonych ofert;

4. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

5. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,

podkreślając, że jego oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ, a fakt, że przedłożone przez Odwołującego się certyfikaty, nie zostały wydane w programie akredytowanym pozostaje bez znaczenia dla sprawy, gdyż takiego wymogu nie zawarto w SIWZ.

Zarzuty zgłaszane przez Odwołującego są bezpodstawne zaś twierdzenie zawarte w wniesionym odwołaniu nie odpowiadają prawdzie.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale VII ust. 3 pkt 4 w celu potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawarł wymóg adresowany do Wykonawcy którego oferta została najwyższej oceniona przedłożenia potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii certyfikatów wraz z załącznikami na urządzenia zabawowe. Zamawiający wymagał aby certyfikaty były wystawione przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub krajowej jednostki akredytującej pozostałych państw członkowskich, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej (WE) nr 765/2008 z dnia 09.07.2008r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku, odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93.

Zamawiający dopuszczał także certyfikaty na znak bezpieczeństwa B wydane przez Jednostkę Certyfikującą, posiadającą umowę z Polskim Stowarzyszeniem na rzecz Badań Technicznych i Atestacji.

Ponadto w Projekcie (opisie technicznym budowlanym — str. 2) stanowiącym integralną część SIWZ Zamawiający określił iż:

„Urządzenia zabawowe powinny posiadać aktualne certyfikaty na zgodność z normą PN — EN 1176 opatrzone logiem PCA, co daje gwarancję, że produkt oraz jego proces wytwarzania są badane i nadzorowane przez niezależną Jednostkę Certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji”.

Zgodnie z procedurą przetargową Zamawiający dnia 01.10.2020 r. wezwał Oferenta (najkorzystniejsza oferta według kryterium oceny ofert) w myśl art. 26 ust. 2 PZP do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25.

W przedłożonych przez oferenta dokumentach stwierdzono brak:

karty technicznej urządzenia huśtawka wagowa,

certyfikatów na: urządzenie kółko i krzyżyk, zestaw zabawowy „lokomotywa z wagonami” oraz brak akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji (zgodnie w/w wymaganiami) na następujących certyfikatach: wirująca kula, sprężynowiec piłka na przegubach, lustro, wesole miasteczko, kalejdoskop, dysk obrotowy — lejek, huśtawka bocianie gniazdo, certyfikaty wydane przez firmę Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. z Rzeszowa),

W wyniku braków w przedłożonej dokumentacji, Zamawiający 20 października 2020 r. w myśl art. 26 ust. 3 PZP wezwał Odwołującego do przedłożenia i uzupełnienia powyższych dokumentów.

Wykonawca w odpowiedzi przedłożył brakujące dokumenty: kartę techniczną oraz certyfikaty. Certyfikaty tym razem wydane przez inną jednostkę (Europejskie Centrum Jakości i Promocji sp. z o.o. w Warszawie) również nie były wydane w programie akredytowanym.

Certyfikaty na których stwierdzono brak akredytacji to: huśtawka wahadłowa bocianie gniazdo, wirująca kula, lustro, kalejdoskop, dysk obrotowy — lejek, sprężynowiec piłka na przegubach, zestaw zabawowy „lokomotywa z wagonami”, wesole miasteczko.

Przedłożone certyfikaty nie spełniały wymogów określonych w dokumentacji technicznej i SIWZ rozdz. VII pkt 3 ppkt 4.

Przedłożone certyfikaty (huśtawka wahadłowa bocianie gniazdo, wirująca kula, lustro, kalejdoskop, dysk obrotowy — lejek, sprężynowiec piłka na przegubach, zestaw zabawowy „lokomotywa z wagonami”, wesole miasteczko) wydane przez Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. z Rzeszowa oraz Europejskie Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. nie spełniały wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Przedłożone certyfikaty nie zostały wydane w programie akredytowanym.

Tym samym odrzucenie niniejszej oferty odwołującego znajduje uzasadnienie w treści art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych.

Zamawiający za istotne uważa również podnieść, co następuje:

1. Odwołujący się składając ofertę złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (oferta str. 5). Na żadnym etapie prowadzonego postępowania Odwołujący nie informował Zamawiającego, iż nie ma dostępu do wymaganych certyfikatów, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie przy zachowaniu należytej staranności.

2. W ofercie złożonej przez Odwołującego się zawarto oświadczenie z którego jednoznacznie wynika, iż Odwołujący zapoznał się z dokumentami przetargowymi w tym: dokumentacja techniczną, SIWZ wraz ze wzorem umowy i przyjmuje je bez zastrzeżeń (str. 2 ust. 3).

3. Odwołujący co podkreśla również w odwołaniu twierdzi iż: „zgodnie z dokumentacją techniczną oraz rozdz. VII pkt. 3 ppkt 4 SIWZ przedłożył wszystkie wymagane przy tym wymóg, iż certyfikaty winny zostać wydane w programie akredytowanym.

4. Odwołujący nie złożył oświadczenia o posiadaniu innych środków dowodowych. W tym stanie rzeczy Zamawiający stoi na stanowisku, iż odwołujący składając ofertę złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu certyfikatów,

wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd.

5. W stosunku do postanowień SIWZ nie zgłaszano odwołań. W świetle powyższego wszelkie zarzuty Odwołującego dotyczące etapu formułowania przez Zamawiającego treści warunków udziału w postępowaniu w SIWZ podniesione na etapie oceny ofert, należy uznać za spóźnione.

Dlatego też, mając na uwadze przedstawione w niniejszym piśmie argumenty, Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na posiedzeniu zamawiający nie zgłosił wniosku o odrzucenie odwołania.

Izba, badając warunki formalne wniesionego odwołania nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania, w związku z przepisem art.189 ust.2 ustawy.

Odwołanie spełnia przesłanki do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Oferty złożyło czterech wykonawców, w tym trzy oferty w tym oferta odwołującego została odrzucona. Odwołujący pozostaje drugim wykonawcą w postępowaniu, poza wykonawcą wybranym, więc ma szansę na uzyskanie zamówienia, czym spełnia wymóg opisany w art.179 ust.1 ustawy.

Izba ustaliła, w toku postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, na podstawie złożonego odwołania jak i odpowiedzi na odwołanie, w tym wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na posiedzeniu/rozprawie oraz dowodów załączonych do odwołania jak i złożonych na posiedzeniu/rozprawie, jak poniżej.

Odwołujący został wezwany przez zamawiającego w dniu 1 października 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów, w tym kart technicznych i certyfikatów, przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Potwierdziły się okoliczności, że za pierwszym wezwaniem odwołujący nie doręczył kompletu kart technicznych a przede wszystkim dostarczył certyfikaty wystawione przez Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. w Rzeszowie. Według twierdzeń zamawiającego jest to jednostka nieupoważniona do wystawiania certyfikatów, a tylko posiadająca kompetencje do czynności inspekcyjnych w zakresie certyfikacji, co w szczególności zamawiający podnosił na posiedzeniu i rozprawie.

Zamawiający na posiedzeniu reprezentował stanowisko, że certyfikat powinien być wystawiony przede wszystkim przez jednostkę akredytowaną, przez Polskie Centrum Akredytacji w Warszawie lub też uprawnioną jednostkę przez to Centrum. Według zamawiającego, tych ustaleń dokonała Komisja Przetargowa zamawiającego, na podstawie strony internetowej PCA, gdzie wymienia się wszystkie nazwy jednostek, które mają przyznane prawo akredytacji. Po tych ustaleniach zamawiający po raz drugi wezwał odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów, co uczynił w dniu 20.10.2020 r.

W dniu wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów zamawiający otrzymał certyfikaty od innej jednostki, którą tym razem jest Europejskie Centrum Jakości i Promocji z siedzibą w Warszawie. Według wiedzy i oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, w wyniku ponownego wezwania otrzymano certyfikaty wystawione nadal przez niewłaściwą instytucję, jak i same certyfikaty są nieodpowiednie, w stosunku do wymagań zamawiającego, ponieważ nie wydane w programie akredytowanym, w znacznej części urządzeń zabawowych. Według zamawiającego wymagania co do rodzaju certyfikatów i certyfikacji określone zostały w siwz to jest strona 10 SIWZ, rozdział VII, pkt 3 podpunkt. 4.) wymagaliśmy certyfikatów. Przede wszystkim z certyfikatu powinno wynikać, że urządzenie zabawowe jest zgodne z normą PN/EN-1176 i powinno być opatrzone logiem PCA.W naszej ocenie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 wskazywało w sposób jednoznaczny jakie są braki i nieścisłości które powinien wykonawca uzupełnić. Komisja dokonała oceny przedłożonej odpowiedzi, zgodnie z jej opinią zapadła decyzja o odrzuceniu ofert.

Z kolei odmienne stanowisko prezentował na posiedzeniu/rozprawie odwołujący. Dopiero w piśmie z dnia 12.11.2020r., stanowiącym odpowiedź na informację odwołującego z dnia 10.11.2020r., o czynności niezgodnej z przepisami ustawy, zamawiający wskazał oczekiwania w zakresie rodzaju certyfikatu. Wówczas dopiero zamawiający wskazał, że certyfikat na urządzenie zabawowe ma być wystawiony w programie akredytowanym przez Polskie Centrum Akredytacji. Przedtem w wezwaniach do odwołującego nie uczyniono tego. Dopiero 12.11.2020r. służby zamawiającego sprecyzowały je do posiadania na urządzeniu zabawowe certyfikatu w programie akredytacyjnym: CB-1/DCW i CB-3/DCW, logotyp Polskiego Centrum Akredytacji. Natomiast nawet w piśmie, w którym odrzucono ofertę wykonawcy w dniu 06.11.2020r. nie wskazano, że brakującymi dokumentami są certyfikaty w systemie ECJiP w programie akredytowanym CB-1/DCW i CB-3/DCW. W piśmie tym zamawiający stwierdza o braku to jest o niewłaściwym certyfikacie, ponieważ wydanym w programie nieakredytowanym ale bez wskazania programu to jest CB-7/DCW lub CB-9/DCW. Zamawiający w tym miejscu przyznał, że dopiero w odpowiedzi Zamawiającego na tę informację odwołującego (10.11.2020r. i 12.11.2020r.) Zamawiający określił obydwa programy, tj. CB-1/DCW i CB-3/DCW jako wymagane. Powyższe działo się w sytuacji, gdy w dniu 06.11.2020r. zamawiający wystosował zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, nie wskazując tych programów jako wymaganych i stanowiących podstawę do odrzucenia oferty odwołującego.

Z kolei pełnomocnik odwołującego na posiedzeniu/rozprawie przedstawił następującą argumentację formalną i prawną w sprawie. „Jednostką akredytującą jest Polskie Centrum Akredytacji, a „Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru w Rzeszowie, Europejskie Centrum Jakości i Promocji w Warszawie, obie te instytucje są jednostkami akredytowanymi. Mogą one wydawać certyfikaty akredytowane i nieakredytowane. Natomiast w SIWZ i opisie technicznym Zamawiający określił, że wymaga certyfikatów wydanych przez jednostki akredytowane nie określając jakiego rodzaju mają być certyfikaty. Rozdział VII, punkt 3, podpunkt 4 d, tj. strona 10 SIWZ. Według mojej wiedzy, GOCiN i ECJiP mogą wydawać certyfikaty na zgodność urządzeń z normami. Te jednostki prowadząc zgodność produktu z normą ustalają własne wewnętrzne procedury badania. Natomiast są procedury badania zgodności z normą, które są ustalane przez jednostkę akredytowaną i zatwierdzane przez jednostkę akredytującą, tj. PCA. Chciałbym w tym miejscu podkreślić, że zarówno certyfikat wydany w procesie akredytowanym przez PCA, jak i wydany w procesie wewnętrznym oba świadczą o

zgodności urządzenia z normą. W tym miejscu wyjaśniam, że oczekiwanie logo z nadrukiem PCA jest nieuprawnione, ponieważ żaden produkt certyfikowany nie jest badany bezpośrednio przez PCA, tylko przez jednostkę akredytowaną wydającą certyfikaty. W związku z tym, jeżeli certyfikat uzyskiwany jest w procedurze zatwierdzonej przez PCA, to wtedy ma symbol akredytacji, który przedstawia Zakres Akredytacji nr AC184 – składam jako dowód w sprawie. Jeżeli jednostki akredytowane wydają certyfikaty według własnej procedury nie zatwierdzonej przez PCA, to nie zamieszczają symbolu akredytacji jak wyżej, tylko określają dokument nazwą „certyfikat” i zawierają własne logo, tj. logo jednostki akredytowanej. Reasumując jednostka akredytowana jako jednostka certyfikująca wydaje dwa rodzaje certyfikatów opisanych powyżej.”(wyciąg z protokołu posiedzenia/rozprawy).

Odwołujący na posiedzeniu/rozprawie dołączył do materiału dowodowego, ale z przywołaniem również dokumentów dołączonych do odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego, Wydruk pt. „Opis Systemu Akredytacji – wydanie 10, Warszawa 24.01.2019 r. Polskie Centrum Akredytacji (o symbolach na wydruku PCA i DA-01) gdzie na szkicu godła Orła znajduje się logo PCA Polskie Centrum Akredytacji jako wizerunek instytucji PCA i drugi dokument pn. „Zakres Akredytacji Jednostki Certyfikującej Wyroby Nr AC 184 wydany przez Polskie Centrum Akredytacji z 25.06.2020r. z nazwą i adresem jednostki certyfikującej Europejskie Centrum Jakości i Promocji Sp. z o.o. Warszawa certyfikacja zgodności wyrobów z logo PCA i dwoma charakterystycznymi zębatkami” Jest to dowód jak wygląda produkt certyfikowany wystawiony przez jednostkę certyfikującą według programu akredytowanego przez PCA. Podsumowując oświadczam, że wszystkie dokumenty przedłożone Zamawiającemu na drugie wezwanie posiadają certyfikaty wydane przez jednostkę akredytowaną zgodnie z SIWZ” (wyciąg z protokołu posiedzenia/rozprawy- I takimi jednostkami są jednostki przywołane w naszych dokumentach, certyfikatach, czyli ECJiP w Warszawie i GOCiN w Rzeszowie. Opis w specyfikacji SIWZ i w opisie technicznym określa w sposób jednoznaczny jednostkę, która powinna wystawić dokument certyfikat na oferowane urządzenie zabawowe. Reasumując dopiero w piśmie, w którym Zamawiający odrzucił naszą ofertę sprecyzował, że w jego ocenie certyfikat powinien być wystawiony w tzw. Programie akredytowanym, czyli w systemie, który jest zatwierdzony przez PCA. Natomiast uważam takie uzasadnienie za nieuprawnione w kontekście już cytowanych postanowień na posiedzeniu z SIWZ (str. 10) i opisu technicznego (strona 2). Reasumując moje stanowisko wypełniłoby warunki SIWZ bowiem certyfikaty doręczone do oferowanych przez nas urządzeń zabawowych, jednostki posiadają akredytację PCA, jako jednostki certyfikujące. Jednocześnie chciałbym podkreślić, że twierdzenia Zamawiającego, że certyfikat powinien posiadać logo PCA jest twierdzeniem nieuprawnionym, ponieważ PCA jest jednostką, która udziela akredytacji, natomiast nie wystawia certyfikatów. Jednocześnie przywołuję swoją argumentację z posiedzenia, w której wyjaśniałam, iż jednostki akredytowane wystawiają certyfikaty, które są wydawane według zasad ustalonych przez jednostkę akredytowaną, jak również wydają certyfikaty w oparciu o proces ustalony przez jednostkę akredytowaną, ale zatwierdzony przez PCA i wówczas na tym certyfikacie przystawia się symbol akredytacji, prostokąt z napisem PCA oraz dwoma zębatkami na niebieskim tle z napisem „certyfikacja wyrobu” jako przykład podałam zakres akredytacji wyrobu nr AC 184 z 25.06.2020 r. I ten symbol jest to symbol na dowód akredytacji zatwierdzonej przez PCA, ale nie jest to logo PCA, bo logo PCA przedłożyłam w dowodzie „opis systemu akredytacji wydanie X, Warszawa 24.01.2019 r.”, gdzie PCA jest na tle orła.”

Izba dokonując powyższych ustaleń, rozstrzygnęła zaistniały spór, w oparciu o postanowienia SIWZ jak i przeprowadzone postępowanie dowodowe, jak poniżej

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagania co do dokumentów jakimi są certyfikaty opisał następująco w Rozdziale VII ust. 3 pkt 4) (str.10 siwz) w celu potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawarł wymóg przedłożenia potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii certyfikatów wraz z załącznikami na urządzenie zabawowe (lit. b pkt 4 str.10 siwz). Zamawiający wymagał aby certyfikaty były wystawione przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub krajowej jednostki akredytującej pozostałych państw członkowskich, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej (WE) nr 765/2008 z dnia 09.07.2008r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku, odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93. Zamawiający dopuszczał także certyfikaty na znak bezpieczeństwa B wydane przez Jednostkę Certyfikującą, posiadającą umowę z Polskim Stowarzyszeniem na rzecz Badań Technicznych i Atestacji.

Tylko i wyłącznie takie wymogi co do certyfikatów znalazły się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czyli wymogi ustalone w siwz ograniczały się do stwierdzenia, kto ma skuteczne pod względem formalnym, prawo wydania certyfikatów na oferowane urządzenie zabawowe. Natomiast siwz nie regulowało w jakim systemie mają być wydane certyfikaty. To jest czy w oparciu o własny system badania urządzenia, czy w oparciu o opracowany przez jednostkę certyfikującą system badania, ale zatwierdzony przez Polskie Centrum Akredytacji.

Izba w tym zakresie podziela stanowisko odwołującego, który ocenił ten wymóg siwz (Rozdział VII ust. 3 pkt 4 - str.10 siwz) jako odnoszący się do podmiotu to jest rodzaju podmiotów, które mają prawo wystawić certyfikat na urządzenie zabawowe i których certyfikat będzie uznawany za wystawiony przez jednostkę kompetentną/uprawnioną.

Słuszne jest również twierdzenie odwołującego, że nie określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rodzaju certyfikatu to jest czy to ma być certyfikat wystawiony przez jednostkę certyfikującą (w przedmiotowej sprawie ECJiP Sp. z o.o. z s. w Warszawie/ECJiA) w systemie certyfikatu akredytowanego przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA), czy certyfikat ma być wystawiony w systemie nieakredytowanym przez jednostkę certyfikującą (w (ECJiP) czyli we własnym systemie stworzonym w ECJiP, a nie w systemie zatwierdzanym przez Polskie Centrum Akredytacji.

Poza sporem jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu pozostają zagadnienia podnoszone przez odwołującego co do nie wskazania przez zamawiającego, na etapie całej procedury wezwań/uzupełnień czyli w trybie art.26 ust.2 i 26 ust.3 ustawy, jakiego rodzaju w związku z jakim postanowieniem siwz zamawiający oczekuje certyfikatu. Zamawiający nie mógł tego w wezwaniach dookreślić, ponieważ siwz takiego postanowienia nie zawiera.

Natomiast postanowienia tego rodzaju zawarte są w opisie technicznym - str. 2/3

„Urządzenia zabawowe powinny posiadać aktualne certyfikaty na zgodność z normą PN — EN 1176 opatrzone logiem PCA, co daje gwarancję, że produkt oraz jego proces wytwarzania są badane i nadzorowane przez niezależną Jednostkę Certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji”.

Natomiast należy dodać do tego zapisu postanowienie dalsze tam zawarte o treści „Wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia zamawiającemu przedmiotowych certyfikatów podczas odbioru końcowego robót.”

Wobec takiego zapisu rozstrzygnięcie co oznacza powyżej zacytowane postanowienie opisu technicznego, pozostaje poza kognicją Izby. Będzie to etap po podpisaniu umowy, czyli okres realizacji umowy.

Na marginesie Izba wskazuje, że nadal nie ma tam również tak skonkretyzowanych oznaczeń certyfikatów, jakie pojawiły się na etapie po złożeniu ofert to jest w piśmie zamawiającego z dnia 12.11.2020r. (ustalenia Izby powyżej - Zamawiający w tym miejscu przyznał, że dopiero w odpowiedzi Zamawiającego na tę informację odwołującego (10.11.2020r. i 12.11.2020r.) Zamawiający określił obydwa programy, tj. CB-1/DCW i CB-3/DCW jako wymagane. Powyższe działo się w sytuacji, gdy w dniu 06.11.2020r. zamawiający wystosował zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, nie wskazując tych programów jako wymaganych i stanowiących podstawę do odrzucenia oferty odwołującego.). Podsumowując nawet jak w opisie technicznym nadmienia się o certyfikacie opatrzonym logiem PCA to z dalszej treści zdania nie wskazuje się na system badania zgodności rekomendowany przez PCA tylko mówi się o badaniu i nadzorowaniu produktu i procesu jego wytwarzania przez niezależną Jednostkę Certyfikującą (ECJiP), która posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji.

W związku z powyższym Izba stwierdza.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie oraz po wysłuchaniu stron i dokonanych ustaleniach w sprawie Izba uwzględnia odwołanie, dzieląc argumentację odwołującego, który wykazał bezpodstawność odrzucenia jego oferty jako oferty której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący udowodnił w toku postępowania odwoławczego, że nie znajdują się w siwz postanowienia co do wymagań w zakresie charakteru, rodzaju certyfikatu, jaki ma być wystawiony na zaoferowane urządzenia zabawowe. Postanowienia siwz sprowadzają się tylko do wymogu złączenia certyfikatu. Certyfikat ma być wystawiony przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Czyli siwz zawiera postanowienia, które należy precyzować do wymogów podmiotowych, a nie przedmiotowych.

Słuszna jest argumentacja odwołującego powołania się na postanowienia siwz jak i opis techniczny, z których nie można wywieść argumentacji zamawiającego, co do rodzaju certyfikatu. Tak więc rodzaj certyfikatu to jest czy w programie akredytowanym, czy w programie nieakredytowanym pozostawia siwz wykonawcy do uznania i nie można jemu z tego tytułu czynić zarzutu. Postanowienia siwz mówią o tym, aby certyfikaty były wydane przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, zgodnie z przepisami przywołanymi w siwz (str.10.). Natomiast postanowienia siwz nie mówią o systemie akredytowanym badania produktów i procesu ich wytwarzania, przez jednostki akredytujące. Określają tylko jaki charakter ma mieć jednostka, która wystawia certyfikat nie ma tam szczegółowych uregulowań co do charakteru certyfikatu wystawianego przez uprawnioną jednostkę akredytowaną. Tak więc Zamawiający powinien ograniczyć się do sprawdzenia czy podmioty, które wystawiły certyfikaty są uprawnionymi jednostkami akredytowanymi mającymi prawo do wystawienia certyfikatów.

Izba podsumowując fakt, że przedłożone przez odwołującego certyfikaty, nie zostały wydane w programie akredytowanym pozostaje bez znaczenia dla sprawy, gdyż takiego wymogu nie zawarto w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, na podstawie art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego złożył fakturę vat za udział w procesie, stąd zasądzono 3600.00, na rzecz zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....