

WYROK
z dnia 31 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez wykonawcę Hydrowodkan Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miejski w Koninie, plac Wolności 1, 62-500 Konin

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w przetargu oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a także nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Urząd Miejski w Koninie, plac Wolności 1, 62-500 Konin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)) uiszczoną przez wykonawcę Hydrowodkan Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Urzędu Miejskiego w Koninie, plac Wolności 1, 62-500 Konin na rzecz wykonawcy Hydrowodkan Sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15, 61-244 Poznań kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Koninie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Miejski w Koninie, Plac Wolności 1 62-500 Konin wszczął w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn: „Urządzenie, pielęgnacja i porządkowanie terenów zieleni w parku im. F. Chopina w Koninie wraz z prowadzeniem i ochroną Mini Zoo”, numer zamówienia: WP.271.2.2014.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej Zamawiającego www.konin.pl oraz w siedzibie Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym.

W dniu 11.03.2014 r., Odwołujący: HYDROWODKAN sp. z o.o., ul. Zodiakowa 15 61-244 Poznań otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Swoje rozstrzygnięcie w zakresie wykluczenia z postępowania Zamawiający uzasadnił następującą argumentacją: „Zgodnie z częścią II pkt 5 ppkt 5.5 SIWZ wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu był warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej:

- Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 150.000,00 zł.

Na potwierdzenie ww. warunku Wykonawca zobowiązany był przedstawić:

- Opłaconą polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia:

„W Państwa polisie brak było zapisów potwierdzających, że obejmuje ona również działalność związaną z w/w przedmiotem zamówienia. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów. Na wezwanie zamawiającego został uzupełniony w dniu 07.03.2014 r. - aneks do polisy dotyczący ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, który dodatkowo obejmował: „Urządzenie, pielęgnacja i porządkowanie, terenów zielonych, usługi rolnicze, leśne, ogrodniczo, hydroponiczne i pszczelarskie”. Brakowało natomiast zapisów dotyczących objęcia ubezpieczeniem mini zoo.

Wobec powyższego nie spełniacie warunku określonego w części II pkt 5 ppkt 5.5

SIWZ, dlatego też zostaliście Państwo wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy”.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że:

„Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 marca 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na:

1. wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

2. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym o zamówienie publiczne na realizację zadania pn: „Urządzenie, pielęgnacja i porządkowanie terenów zieleni w parku im. F. Chopina w Koninie wraz z prowadzeniem i ochroną Mini Zoo” - oferty złożonej przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielenia zamówień publicznych przez obrazę przepisów ustawy Pzp przez niezgodne z zasadami określonymi Prawem zamówień publicznych dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i bezprawne wykluczenie go z postępowania przetargowego.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający naruszył następujące przepisy Prawa zamówień publicznych:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie i odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia mimo posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i tym samym spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty tj. zaniechanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności

wyboru oferty Wykonawcy: Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o., ul, Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania oferty Odwołującego za ważną,
- dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę, oraz bezpodstawnie ją odrzucił, co skutkowało bezprawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania przetargowego i w ostateczności dokonaniem błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazał, że jedynym powodem wykluczenia Odwołującego się z postępowania była według Zamawiającego rzekoma niewłaściwa treść polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polegająca na braku zapisów dotyczących objęcia ubezpieczeniem – „Mini-Zoo”.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ w części II pkt 5 ppkt 5.5 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej firmy ubiegającej się o zamówienie publiczne zażądał od wykonawców wykazania dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 150.000,00 złotych.

Zauważył przy tym, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał jedynie na posiadanie stosownej polisy wraz z określoną sumą ubezpieczenia, nie rozróżniając ubezpieczenia odpowiedzialności z obu reżimów i nie wskazał, aby wymagane ubezpieczenie miało zabezpieczać wymagania Zamawiającego w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania robót będących przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego spełnił on warunek, o którym mowa w pkt 5.5. SIWZ, przedkładając polisę ubezpieczeniową, która potwierdza ubezpieczenie od prowadzonej działalności w wysokości wymaganej przez Zamawiającego w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Nadto Odwołujący stwierdził, iż skoro polisa przedłożona przez Odwołującego opiewa

na wartość 150.000,00 zł. i ubezpiecza na tę kwotę działalność Wykonawcy określoną także dodatkowym zakresem w aneksie nr 1, który to przedmiot działalności jest związany z przedmiotem zamówienia, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego się wykonawcy została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w sytuacji, gdy w treści SIWZ nie rozróżnia się czy chodzi o ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z deliktu czy kontraktu, wołą Zamawiającego nie było żądanie wykazania przez wykonawców ubezpieczenia z konkretnego reżimu. Gdyby tak było Zamawiający wskazałyby to w sposób wyraźny w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego interpretacji SIWZ prowadzące de facto jego modyfikacji po ogłoszeniu zamówienia narusza sformułowaną w ustawie Pzp w art. 7 zasadę uczciwej konkurencyjności, uniemożliwiając wykonawcą złożenie oferty w sposób zapewniający im wypełnienie warunków SIWZ.

Dodatkowo zaznaczył, iż ustawa Pzp nie daje Zamawiającemu podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze bądź ewidencji odpowiadał przedmiotowi określonymu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD), bowiem Polski system prawny nie uzależnia prowadzenia danego rodzaju działalności od jej ujawnienia we właściwym rejestrze bądź ewidencji (poprzez jej określenie za pomocą odpowiednich kodów i nazw), jeżeli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń.

Zdaniem Odwołującego brak jest podstaw do badania przez Zamawiającego zgodności działalności zadeklarowanej przez Odwołującego we właściwym rejestrze z działalnością objętą przedmiotem niniejszego zamówienia w sytuacji, gdy dla tej właśnie działalności (objętej przedmiotem zamówienia) nie jest wymagane uzyskanie stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Pełna działalność prowadzona przez wykonawcę nie musi być przecież w danym rejestrze czy też ewidencji zadeklarowana.

Z powyższego wnioskował, że brak jednoznacznego wyszczególnienia w złożonym przez Odwołującego rejestrze działalności w zakresie „Mini-Zoo” nie oznacza, iż wykonawca ten faktycznie działalności tej nie prowadzi, jak również, iż ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej tej działalności nie obejmuje.

Według Odwołującego polisa ubezpieczeniowa potwierdzająca posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności nie musi

być tożsama z zakresem działalności ujawnionym we właściwym rejestrze danego wykonawcy.

Stanął na stanowisku, że nie jest zasadne, aby w polisie OC był wyraźnie określony przedmiot objęty danym zamówieniem publicznym.

Nadto podkreślił, iż polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej po nowelizacji przepisów ustawy Pzp, wraz ze sprawozdaniem finansowym, ma na celu wykazanie spełniania warunku ekonomicznego, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia - tj. danego kontraktu. Takie dodatkowe ubezpieczenie, jeżeli zostało zastrzeżone w SIWZ, może zostać zawarte przed podpisaniem umowy.

Argumentował, że przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Dla ewentualnego żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy, Zamawiający powinien – w opinii Odwołującego - sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia SIWZ, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia.

W dniu 20 marca 2014r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego wraz z aneksem nr 1 do polisy nr PO/00566283/2013, zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania z dnia 11 marca 2014r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 19 marca 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 marca 2014r. i pisma procesowego Odwołującego z dnia 28 marca 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt. 4, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie 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 dnia 19 lutego 2013 r.) w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: 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.

Na tle rozpoznawanej sprawy Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.5 Części II warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy i spełniają między innymi warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, a warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 150 000zł.

Jednocześnie stosownie do pkt 9.4 Części III Wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcy mieli załączyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Analiza powyższych postanowień SIWZ i treści uzupełnionej polisy OC doprowadziła Izbę do wniosku, że Odwołujący przedłożył opłaconą polisę potwierdzającą jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w ramach uzupełnienia żądanych dokumentów podmiotowych, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Wymaga zauważenia, że treść przedłożonego w/w wymienionego aneksu do polisy z dnia 14 lutego 2014r. wskazuje, że doszło do wprowadzenia zmian w stosunku do polisy podstawowej z dnia 3 października 2013r. w ten sposób, że w pozycji ubezpieczonej działalności włączono dodatkowo: urządzenie, pielęgnację i porządkowanie terenów zielonych, usługi rolnicze, leśne, ogrodnicze, hydroponiczne i pszczelarskie.

Według zapytywania Izby powyższy zakres przedmiotowy jest związany z przedmiotem zamówienia określonym w części I pkt.2 i 2.1 SIWZ, gdzie Zamawiający wpisał urządzenie, pielęgnację i porządkowanie terenów zielonych oraz ustalił, że przedmiot zamówienia jest opisany następującym kodem Wspólnego Słownika Zamówień(CPV): 77.00.00.00 – 0, oznaczającym usługi rolnicze, leśne, ogrodnicze, hydroponiczne i pszczelarskie.

Izba uznała, że większość powyższych elementów ubezpieczonej działalności została wymieniona w aneksowanej polisie OC.

Jednocześnie Izba reprezentuje zapytywanie, że opłacona polisa wraz z jej zakresem przedmiotu ubezpieczenia ma wykazywać jedynie związek z przedmiotem zamówienia, a nie być z nim tożsama.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że powyższy dokument podmiotowy ma potwierdzać jedynie spełnienie warunków dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej Odwołującego i jego zakres nie musi być identyczny z tym wynikającym z umowy pomiędzy Zamawiającym a danym wykonawcą.

Z powyższego wnioskowania wynika, że niewpisanie w polisie przedłożonej przez Odwołującego pewnego szczegółowego fragmentu przedmiotu zamówienia nie ma wpływu na ocenę związku zakresu prowadzonej działalności z przedmiotem zamówienia.

W kontekście powyższego należy dodatkowo wskazać, że Zamawiający w § 9 załącznika nr 9 – wzór umowy przewidział jedynie, że wykonawca zobowiązany jest do

posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej przez cały okres obowiązywania umowy.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że żądanie wynikające z cyt. postanowienia umownego jest znacznie bardziej ogólne niż obecne wymaganie Zamawiającego przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków podmiotowych, przy czym zważywszy na interes Zamawiającego i jego ochronę kontraktową powinno być odwrotnie.

Wymaga wyraźnego podkreślenia, że powyższy sporny warunek podmiotowy ma znaczenie jedynie dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców i nie może być interpretowany w sposób ograniczający zasadę równości i konkurencyjności uczestników przetargu poprzez tworzenie nowego warunku.

Jednocześnie Izba wskazuje na okoliczność braku określenia przez Zamawiającego w SIWZ szczegółowego zakresu przedmiotowego ubezpieczenia, co również nie może implikować po stronie Odwołującego odpowiedzialności wynikłej z danego wąskiego opisu podmiotowego warunku, a tym samym nie może skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z przetargu, skoro właściwy dokument polisy przedłożył.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....