

Sygn. akt: KIO/UZP 151/09

WYROK
z dnia 19 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 19.02.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **APCOA PARKING POLSKA Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu ~~protestów~~ z dnia 21.01.2009 r.

przy udziale wykonawcy **Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża APCOA PARKING POLSKA Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **APCOA PARKING POLSKA Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **APCOA PARKING POLSKA Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **APCOA PARKING POLSKA Sp. z o.o., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1.**

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy do świadczenie usług serwisowania (uruchomienie, utrzymanie, obsługa) urządzeń (parkomatów) w strefie parkowania niestrzeżonego w Warszawie wszczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w dniu 27 sierpnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 165-222395.

W przedmiotowym postępowaniu oferty zostały złożone przez dwie firmy: Parkingi Polska sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00- 124 Warszawa, Rondo ONZ 1 oraz Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21. Pierwsze rozstrzygnięcie

postępowania przez Zamawiającego nastąpiło w dniu 22 października 2008 r. i jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę firmy Mennica Polska S.A.

Czynność ta została oprotestowana w dniu 31 października 2008 r. przez firmę Parkingi Polska sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie, która wobec oddalenia protestu w dniu 17 listopada 2008 r. złożyła odwołanie. Jednym z zarzutów podnoszonych w ww. proteście i odwołaniu był brak udokumentowania przez firmę Mennica Polska S.A. stosownego ubezpieczenia OC wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ.

W wyniku rozpoznania odwołania z dnia 17 listopada 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 5 grudnia 2008 r wyrok (sygn. akt KIO/UZP 1347/08), na mocy, którego uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert poprzedzonej wezwaniem wykonawcy - Mennica Polska S.A. do złożenia dowodu zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

W dniu 9 stycznia 2009 r. Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 1347/08 dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert wybierając ofertę firmy Mennica Polska S.A.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została doręczona Protestującemu w dniu 13 stycznia 2009 r.

APCOA PARKING POLSKA sp.zo.o. działając jako następca prawny firmy Parkingi Polska sp. z o.o. w dniu 21 stycznia 2009 r. wniosła protest do Zamawiającego. Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3 oraz ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” w zw. z art. 22 ust. 1 tej ustawy przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Mennica Polska S.A. i uznanie, że ten wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę, podczas gdy powinien on zostać wykluczony wobec niespełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt I, 2 i 5 ustawy poprzez brak odrzucenia oferty Mennica Polska S.A. gdyż jest ona niezgodna z ustawą, jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez uznanie, że dokumenty złożone przez Mennica Polska S.A. w dniu 18 grudnia 2008 r. potwierdzają spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

- naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców i postępowanie w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez uznanie, że Mennica Polska S.A. złożyła najkorzystniejszą ofertę, podczas gdy przedsiębiorca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Protestujący wniósł o:

- powtórzenie i dokonanie oceny oferty Mennica Polska S.A. w zakresie jej prawidłowości, w szczególności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Mennica Polska S.A. oraz wykluczenie wykonawcy Mennica Polska S.A.,

- odrzucenie oferty Mennica Polska S.A.,

- wybór oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej i spełniającej warunki przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu protestu Protestujący podniósł, iż w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r. wyrok (sygn. akt KIO/UZP 1347/08), Zamawiający w dniu 11 grudnia 2008 r. wystosował do Mennica Polska S.A. pismo, w którym wezwał tego wykonawcę do potwierdzenia warunku postawionego przez Zamawiającego w punkcie 5.3.3.3. SIWZ tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość, co najmniej 250.000 zł. Zamawiający wskazał, że złożone przez Mennica Polska S.A. dokumenty powinny potwierdzać spełnianie powyższego warunku nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Następnie Zamawiający w dniu następnym tj. 12 grudnia 2008 r. wystosował kolejne pismo do Mennica Polska S.A. o takiej samej treści, jak pismo z dnia 11 grudnia 2008 r., w którym również wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, ale już nie wskazał, że dokumenty winny potwierdzać spełnianie powyższego warunku nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Protestujący podniósł, iż dostarczenie Zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2008 r. przez firmę Mennica Polska S.A. dokumentów tj. Generalnej Umowy Ubezpieczenia Polisa Nr 104-1BKS199/200S z dnia 4 marca 2008 r., Certyfikatu nr 1 A z dnia 23 marca 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104 - 1BKS I 99/2008, Aneksu Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104- 1BKS199/2008, Aneksu Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104-1BKS199/2008 nie potwierdziły spełniania warunków udziału przez Mennica Polska S.A. postawionych przez Zamawiającego w pkt 5.3.3.3. oraz pkt 6.1.11. SIWZ.

Protestujący wskazał, iż wykonawca zobowiązany był do przedstawienia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnie z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 250.000 zł.

Zdaniem protestującego, złożone przez Mennica Polska S.A. dokumenty dotyczące posiadania ubezpieczenia OC nie potwierdzają posiadania ubezpieczenia OC na dzień składania ofert tj. na dzień 6 października 2008 r., zaś zakres ubezpieczenia objęty Generalną Umową Ubezpieczenia Polisa Nr 104 - 1 BKS199/2008, Certyfikatem nr 1A, Aneksami Nr 2 i 3 nie jest zgodny w całości z przedmiotem zamówienia. Protestujący podniósł, iż Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104- 1KKS 199/2008 wszedł w życie w dniu 2 grudnia 2008 r. zaś Aneks Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104-1BKS 199/2008 wszedł w życie dopiero w dniu 15 grudnia 2008 r. Oznacza to, że ochrona ubezpieczeniowa w zakresach wskazanych w aneksach rozpoczęła się ok. 3 miesiące później, po dniu wyznaczonym w SIWZ jako dzień składania ofert.

Protestujący wskazał podniósł także, iż z uwagi na nieposiadanie przez Mennica Polska S.A. stosownego ubezpieczenia na dzień składania ofert, w konsekwencji nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawca ten – w ocenie Protestującego złożył nieprawdziwe oświadczenia w tym zakresie w Załączniku Nr 1 do oferty (k-5 oferty Mennica Polska S.A.) oraz w Załączniku Nr 2 do oferty (k-5 oferty Mennica Polska S.A.) o posiadaniu sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz o tym, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Protestujący wskazał, iż oświadczenia te zostały złożone w dniu 6 października 2008 r. (zgodnie z datami na tych załącznikach) a Aneksy do Generalnej Umowy Ubezpieczenia zostały zawarte dopiero w grudniu 2008 r. Protestujący podniósł, iż na dzień składania ofert Mennica Polska S.A. posiadała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej tylko w zakresie wskazanym w Generalnej Umowie Ubezpieczenia, zaś Generalna Umowa Ubezpieczenia i jej zakres nie pokrywa się z

przedmiotem zamówienia. Ponadto Protestujący podniósł, iż Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104 - 1 BKS199/2008, modyfikujący Generalną Umowę Ubezpieczenia dotyczy tylko wyraźnie wskazanej w tym aneksie umowy, zawartej z wolnej ręki pomiędzy Zamawiającym a Mennica Polska S.A., tj. umowy Nr NDZPI175IW/48/08. Zakres czynności określonych w Umowie Nr NDZP/175/W/48/08 dotyczącej serwisowania urządzeń w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie na okres od 1.12.2008 r. do 31.01.2008 r., protokole negocjacji oraz zaproszeniu do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki (będących częścią tej umowy) jest bardzo zbliżony do zakresu przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, ale nie jest z nim tożsamy. Różnice wynikają w szczególności z zapisów protokołu negocjacji np. punkt I i 2 tegoż protokołu. Protestujący podniósł, iż zgodnie z punktem 4 Aneksu nr 2 ochrona ubezpieczeniowa zawiera szereg wyłączeń określonych w OWU OC dla klienta korporacyjnego (UZ/432/2007), a nadto sam Aneks nr 2 wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu niedoborów kolekcyjnych, co świadczy o braku stosownego ubezpieczenia. Z opisu przedmiotu zamówienia, będącego załącznikiem do SIWZ wynika, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca nie dopuszczał do niedoborów kolekcyjnych (punkt I, ppkt I lit. k Opisu Przedmiotu Zamówienia). Paragraf 6 Umowy -załącznika do SIWZ jasno wskazuje, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za niedobory kolekcyjne, które jednak zdaniem Protestującego nie są objęte ubezpieczeniem OC firmy Mennica Polska S.A. Oznacza to, zdaniem Protestującego, że ubezpieczyciel nie będzie ponosił odpowiedzialności za te niedobory i Zamawiający nie będzie mógł zaspokoić się z ubezpieczenia tego wykonawcy.

Zdaniem protestującego, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że uzupełnione przez Mennica Polska S.A., w trybie tego przepisu, dokumenty dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej potwierdzają, że Mennica Polska S.A. spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem protestującego, możliwość, którą daje wykonawcom art. 26 ust. 3 ustawy pzp, ogranicza się jedynie do sytuacji, w której uzupełniony dokument będzie potwierdzał stan na dzień składania ofert. Zdaniem Protestującego w żadnym przypadku nie można uznać, że kryterium warunku udziału w postępowaniu może być spełnione później po dacie składania ofert.

Protestujący zarzucił również naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców poprzez określanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób,

które mogą utrudniać uczciwą konkurencję. Uznanie przez Zamawiającego, że dokumenty przedstawione przez Mennica Polska S.A. na okoliczność posiadania ubezpieczenia OC spełniają wymogi określone w SIWZ, jest - w ocenie Protestującego - czynem popierającym nieuczciwą konkurencję - gdyż tym samym, wbrew zapisom SIWZ, Zamawiający promuje wykonawcę bez wymaganego ubezpieczenia, który może przez to taniej wykonać przedmiotowe zamówienie, eliminując z postępowania wykonawców działających zgodnie z prawem i spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie (doręczone Odwołującemu w dniu 28 stycznia 2008 r.) W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż wykonawca Mennica Polska S.A. złożyła dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zgodnie z wymaganiami Siwz.

W dniu 4 lutego 2009 r. wykonawca APCOA PARKING POLSKA sp.zo.o. z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując w tym samym dniu kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację podniesioną w proteście tj.

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3 oraz ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1 tej ustawy przez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Mennica Polska S.A. i uznanie, że ten wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę, podczas gdy powinien on zostać wykluczony wobec niespełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy pzp poprzez brak odrzucenia oferty Mennica Polska S.A. gdyż oferta ta jest niezgodna z ustawą pzp, jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, została złożona przez wykonawcę, jaki powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez uznanie, że dokumenty złożone przez Mennica Polska S.A. w dniu 18 grudnia 2008 r. potwierdzają spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
4. naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców i postępowanie w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję - w szczególności poprzez uznanie, że Mennica Polska S.A. złożyła najkorzystniejszą ofertę, podczas gdy przedsiębiorca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie i dokonanie oceny oferty Mennica Polska S.A. w zakresie jej prawidłowości, w szczególności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Mennica Polska S.A. oraz wykluczenie wykonawcy Mennica Polska S.A.,
2. odrzucenie oferty Mennica Polska S.A.,
3. wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spełniającej warunki przedmiotowego postępowania,
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w wysokości 3.600 zł wg faktury.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - akt niniejszego postępowania oraz akt postępowania przed KIO o sygn. akt KIO/UZP 1347/08 na okoliczność braku spełniania przez Mennica Polska S.A. warunków udziału w postępowaniu numer NDZP/122/PN174/08, w szczególności braku ubezpieczenia OC.

Odwołujący podniósł, iż złożone w dniu 18 grudnia 2008 r. przez Mennica Polska S.A. dokumenty, które miały potwierdzać spełnianie warunku posiadania stosownego ubezpieczenia tj. :

1. Generalna Umowa Ubezpieczenia Polisa Nr 104-1SKS 199/2008 z dnia 4 marca 2008 r.
2. Certyfikat nr 1A z dnia 23 marca 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104-1 BKS 199/2008
3. Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104-1BKS J99/2008
4. Aneks Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104- 1 BKS 199/2008

nie potwierdzają spełniania warunków udziału Mennica Polska S.A. w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż zgodnie z punktem 6.1.11. oraz 5.3.3.3. SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedstawienia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnie z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 250.000 zł. Dokumenty dotyczące posiadania ubezpieczenia OC złożone przez Mennica Polska S.A. nie potwierdzają posiadania ubezpieczenia OC na dzień składania ofert tj. na dzień 6 października 2008 r. oraz potwierdzają, że zakres

ubezpieczenia objętego Generalną Umową Ubezpieczenia Polisa Nr 104- 1 BKS 199/2008, Certyfikatem nr 1 A, Aneksiem Nr 2 i 3 nie jest zgodny w całości z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104- 1 BKS 199/2008 wszedł w życie w dniu 2 grudnia 2008 r. zaś Aneks Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104-1 BKS 199/2008 wszedł w życie dopiero w dniu 15 grudnia 2008 r. Oznacza to, że ochrona ubezpieczeniowa w zakresach wskazanych w aneksach rozpoczęła się ok. 3 miesiące później, po dniu wyznaczonym w SIWZ jako dzień składania ofert. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że na dzień składania ofert wykonawca ten nie posiadał stosownego ubezpieczenia, w związku, z czym nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenia w tym zakresie w Załączniku Nr 1 do oferty (k-5 oferty Mennica Polska S.A.) oraz w Załączniku Nr 2 do oferty (k-5 oferty Mennica Polska S.A.) o posiadaniu sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz o tym, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Oświadczenia te zostały złożone w dniu 6 października 2008 r. (zgodnie z datami na tych załącznikach) a Aneksy do Generalnej Umowy Ubezpieczenia zostały zawarte dopiero w grudniu 2008 r. Na dzień składania ofert Mennica Polska S.A. posiadała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej tylko w zakresie wskazanym w Generalnej Umowie Ubezpieczenia. W ocenie Odwołującego Generalna Umowa Ubezpieczenia i jej zakres nie pokrywa się z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104- 1 BKS 199/2008, modyfikujący Generalną Umowę Ubezpieczenia dotyczy tylko wyraźnie wskazanej w tym aneksie umowy, zawartej z wolnej ręki pomiędzy Zamawiającym a Mennica Polska S.A., tj. umowy Nr NDZP/175/W/48/08. Zakres czynności określonych w Umowie Nr NDZP/175/W/48/08 dotyczącej serwisowania urządzeń w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie na okres od 1.12.2008 r. do 31.01.2008 r., protokole negocjacji oraz zaproszeniu do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki (będących częścią tej umowy) jest bardzo zbliżony do zakresu przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, ale nie jest z nim tożsamy. Różnice wynikają w szczególności z zapisów protokołu negocjacji np. punkt 1 i 2 tegoż protokołu. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z punktem 4 Aneksu nr 2 ochrona ubezpieczeniowa zawiera szereg wyłączeń określonych w OWU OC dla klienta korporacyjnego (UZ/432/2007), a Aneks nr 2 wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu niedoborów kolekcyjnych, co świadczy o braku stosownego ubezpieczenia w tym zakresie. Odwołujący zauważył, iż z opisu przedmiotu

zamówienia, będącego załącznikiem do SIWZ, wynika wymaganie Zamawiającego nie dopuszczania przez Wykonawcę do niedoborów kolekcyjnych (punkt I, ppkt 1 lit. k Opisu Przedmiotu Zamówienia). Odwołujący wskazał, iż zgodnie z par. 6 umowy - załącznika do SIWZ wykonawca ponosi odpowiedzialność za niedobory kolekcyjne, które nie są objęte ubezpieczeniem OC Mennica Polska S.A. Powyższe oznacza, że ubezpieczyciel nie będzie ponosił odpowiedzialności za te niedobory i Zamawiający nie będzie mógł zaspokoić się z ubezpieczenia tego wykonawcy. Oznacza to - w ocenie Odwołującego, że Mennica Polska S.A. nie spełniła warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wykonawca ten powinien zostać wykluczony, zaś jego oferta odrzucona. W ocenie Odwołującego oferta Mennica Polska S.A. jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, a jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wskazał także na naruszenie przez Odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że uzupełnione w trybie tego przepisu dokumenty dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przez Mennica Polska S.A. potwierdzają, iż Mennica Polska S.A. spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego błędne jest stanowisko Zamawiającego, iż dokumenty złożone w odpowiedzi na jego wezwanie mogą mieć datę dowolną, gdyż w ocenie Odwołującego powinny one potwierdzać spełnianie warunków na datę składania ofert. Na poparcie swego stanowiska Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 24 lipca 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 710/08 oraz wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 11/0.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców poprzez określanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, które mogą utrudniać uczciwą konkurencję. Uznanie przez Zamawiającego, że dokumenty przedstawione przez Mennica Polska S.A. na okoliczność posiadania ubezpieczenia OC spełniają wymogi określone w SIWZ, jest zdaniem Odwołującego czynem popierającym nieuczciwą konkurencję, gdyż wbrew zapisom SIWZ, Zamawiający promuje wykonawców bez wymaganego ubezpieczenia, który może przez to taniej wykonać przedmiotowe zamówienie, eliminując z postępowania wykonawców działających zgodnie z prawem i spełniających warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 16 lutego 2009 r. wykonawca Mennica Polska S.A. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, a także uzupełnione dokumenty przez wykonawcę Mennica Polska S.A. w trybie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223,poz.1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą, gdyż jego interes prawny może doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego podniesionych w odwołaniu.

Oferta złożona przez wykonawcę Mennica Polska S.A. na str.63 zawierała certyfikat Nr 1 A do Generalnej Umowy Ubezpieczenia – Polisy NR 104-1 BKS 199/2008. Dokument ten nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/1347/08 Zamawiający pismem z dnia 11.12.2008 r. ZDM/NDZP/1799/08/Z wezwał wykonawcę Mennica Polska S.A. do uzupełnienia dowodu zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z podaniem zakresu ubezpieczenia prowadzonej działalności w terminie do 17.12.2008 r. wskazując, iż złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Następnie w dniu 12.12.2008 r. pismem NDZP/1816/08/Z Zamawiający dokonał sprostowania pisma z dnia 11.12.2008 r. poprzez wezwanie firmy Mennica Polska S.A. do uzupełnienia dowodu zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z podaniem zakresu ubezpieczenia prowadzonej działalności w terminie do 19.12.2008 r. bez wskazania na jaki dzień dokumenty przedłożone przez Wykonawcę mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 16.12.2008 r. NDZP/1838/08/Z przekazał informację wykonawcy, iż pismo z dnia 11.12.2009 r. ZDM/NDZP/1799/08/Z należy uznać za niebyłe,

zaś wiążąca wykonawcę jest treść pisma Zamawiającego z dnia 12.12.2008 r. NDZP/1816/08/Z.

W dniu 18.12.2008 r. Mennica Polska S.A. w wykonaniu wezwania Zamawiającego z dnia 12.12.2008 r. przedłożyła dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zgodnie z wymaganiami Siwz poprzez przedłożenie następujących dokumentów: Generalnej Umowy Ubezpieczenia Polisa Nr 104-1SKS 199/2008 z dnia 4 marca 2008 r., Certyfikatu nr 1A z dnia 26 marca 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104-1 BKS 199/2008, Aneksu Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia -Polisy Nr 104-1BKS 199/2008, Aneksu Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104 - 1 BKS 199/2008.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedłożone przez wykonawcę Mennica Polska S.A. dokumenty zostały złożone w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego oraz potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 250.000,00 złotych.

Z uwagi na fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w dniu 27 sierpnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do postępowania tego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655) w brzmieniu przed zmianą tej ustawy - ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171,poz.1058). Zgodnie bowiem z art.4 ust.1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym znowelizowaną ustawą.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Zamawiającego, iż w przedmiotowej sprawie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zastosowanie ma przepis art. 26 ust.3 ustawy w brzmieniu przed nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r. Przepis art. 26 ust.3 ustawy stanowi, iż Zamawiający

wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ustawy zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten jednocześnie wskazuje, iż oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Mennica Polska S.A. poprzez uzupełnienie dokumentów w dniu 18 grudnia 2008 r. na wezwanie Zamawiającego spełniła warunek postawiony w pkt 5.3.3.3. i 6.1.11 SIWZ. W szczególności Aneks nr 3 do Generalnej Umowy Ubezpieczenia z dnia 15 grudnia 2008 r. wskazuje na objęcie ochroną ubezpieczeniową dostawy, instalacji, serwisu (obsługi i utrzymania), oraz demontażu maszyn i urządzeń do pobierania opłat w tym urządzeń parkingowych w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Mennica Polska S.A. nie złożyła nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w ofercie na stronie 63 złożyła Certyfikat nr 1A z dnia 26 marca 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104-1 BKS 199/2008, zaś w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniła brakujące dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. Generalną Umowę Ubezpieczenia Polisa Nr 104-1SKS 199/2008 z dnia 4 marca 2008 r., Aneks Nr 2 z dnia 2 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104-1BKS 199/2008, Aneksu Nr 3 z dnia 15 grudnia 2008 r. do Generalnej Umowy Ubezpieczenia - Polisy Nr 104 - 1 BKS 199/2008, do czego była uprawniona w granicach obowiązującego prawa tj. art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym nie można jej zarzucić, iż złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik przedmiotowego postępowania i podlega wykluczeniu z postępowania.

W związku z powyższym nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art.7, art.22, art.24 ust.2-4 ustawy, art.26 ust.3 oraz art. 89 ust.1 pkt 1,2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655).

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.191 ust.6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*