

WYROK

z dnia 21 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2011 r. przez wykonawcę **CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-675 Warszawa, ul. Wołoska 7,**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,

2.kosztami postępowania obciąża Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-675 Warszawa, ul. Wołoska 7 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 CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-675 Warszawa, ul. Wołoska 7** na rzecz wykonawcy **CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wybór Wykonawcy usług z zakresu wykonania analizy procesów biznesowych oraz dostaw oprogramowania narzędziowego do modelowania i zarządzania procesami dla Agencji Rozwoju Przemysłu S.A.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2011 r., poz. 219510.

W dniu 2 września 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, o wyniku przeprowadzonej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na skutek tego, iż wykonawca ten mimo wezwania do uzupełnienia wniosku, nie potwierdził posiadania przez tego wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie usług doradztwa.

W dniu 7 września 2011 r. (pismem z dnia 6 września 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 7 września 2011 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej polisy OC, w sytuacji gdy Odwołujący wykazał posiadanie polisy OC zgodnie z wymaganiami ogłoszenia o zamówieniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia Odwołującego do składania ofert wstępnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że Odwołujący nie przedstawił dokumentu umożliwiającego zidentyfikowanie posiadania ubezpieczenia w zakresie wymaganym w pkt 6.3 ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu, gdyż warunek udziału w postępowaniu oraz dokument polisy OC, wymagany na

jego potwierdzenie, nie wymagał objęcia zakresem ubezpieczenia „działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie usług doradztwa” i obejmował jedynie potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej „w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Zamawiający wykluczając Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu bezpodstawnie rozszerzył zakres warunku i wykluczył Odwołującego za niezgodność z nieistniejącą w ogłoszeniu treścią warunku, który nie obejmował swą treścią odwołania do PKD nr 72.22 i który to numer PKD stał się elementem warunku, mimo iż treść ogłoszenia takiego kodu nie obejmowała

Nadto dodał, iż Zamawiający popełnił istotny błąd prawny, polegający na zastosowaniu nieaktualnej (starej) klasyfikacji PKD. Zgodnie z nieobowiązującym już załącznikiem do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 33, poz. 289 i Nr 165, poz. 1727) - dawny kod PKD nr 72.22., oznaczający „Działalność w zakresie oprogramowania, pozostała” został zastąpiony nowymi kodami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku „w zakresie warunku – „sytuacji ekonomicznej i finansowej” – wykonawca musi wykazać się posiadaniem opłaconej polisy OC, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 180 000, 00 zł” (pkt 6.3, ppkt 4), na potwierdzenie czego – zgodnie z punktem 7 „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ppkt 6 – wykonawcy zobowiązani byli złożyć „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 (zgodnie z warunkiem, o którym mowa w pkt 6.3 ppkt 4 Ogłoszenia”.

Odwołujący w załączeniu do wniosku złożył „certyfikat ubezpieczeniowy nr 1 do polisy nr 0361004437”, w którym zakres ubezpieczenia określono jako „ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej deliktowo - kontraktowej z tytułu prowadzonej działalności lub posiadanego mienia zgodnie z umową ubezpieczenia nr 0361004437”, wraz z oświadczeniem, że przedmiotowa polisa ubezpieczeniowa została opłacona w całości i w przewidzianym terminie.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym dokumentu potwierdzającego posiadanie polisy OC w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia polegającym na doradztwie wraz z potwierdzeniem jej opłacenia.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył certyfikat ubezpieczeniowy nr 1 do polisy nr 0361004437”, w którym zakres ubezpieczenia określono jako „ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej deliktowo - kontraktowej z tytułu prowadzonej działalności lub posiadanego mienia zgodnie z umową ubezpieczenia nr 0361004437”, wraz z oświadczeniem z dnia 8 sierpnia 2011 r., w treści którego stwierdzono, że „polisa ubezpieczeniowa (polisa ubezpieczeniowa OC ogólnego) nr 0361004437 wystawiona dla firmy Comarch S.A. (okres ubezpieczenia 01/03/2011 – 29/02/2012) została opłacona w całości i w przewidzianym terminie”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawcy celem udokumentowania spełnienia warunku określonego w punkcie 6.3, ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu zobowiązani byli przedstawić polisę ubezpieczeniową potwierdzającą posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustawa Pzp nie daje Zamawiającemu podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze bądź ewidencji odpowiadał przedmiotowi określonemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD). Polski system prawny nie uzależnia bowiem prowadzenia danego rodzaju działalności od jej ujawnienia w 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 Izby brak więc było 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. Tym samym brak jednoznacznego wyszczególnienia w złożonym przez Odwołującego rejestrze działalności w zakresie doradztwa związanego z zarządzaniem nie oznacza, iż wykonawca ten faktycznie działalności tej nie prowadzi, jak również, iż ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej tej działalności nie obejmuje. Jednakże dla wyeliminowania wszelkich powstałych wątpliwości, w tym także błędnego przekonania Zamawiającego, iż Odwołujący powinien samodzielnie złożyć w tym zakresie wyjaśnienia, mimo braku formalnego wezwania do ich złożenia, należy wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, tylko i wyłącznie celem ustalenia czy ubezpieczeniem objęta jest faktycznie prowadzona, czy też działalność zadeklarowana przez niego we właściwym rejestrze. Polisa ubezpieczeniowa potwierdzająca posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności nie musi być bowiem tożsama z zakresem działalności ujawnionym we właściwym rejestrze danego wykonawcy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut podnoszony przez Odwołującego potwierdził się

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: