

Sygn. akt: KIO/UZP 1143/09

WYROK
z dnia 17 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (pełnomocnik), Bytomska Spółka Informatyczna COIG - 4 Sp. z o.o. oraz InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śląskie Centrum Społeczeństwa Informacyjnego-Jednostka Budżetowa Województwa Śląskiego, 40-032 Katowice, ul. Dąbrowskiego 23** protestu z dnia 21 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Śląskie Centrum Społeczeństwa Informacyjnego-Jednostka Budżetowa Województwa Śląskiego, 40-032 Katowice, ul. Dąbrowskiego 23 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów

10 (pełnomocnik), Bytomska Spółka Informatyczna COIG - 4 Sp. z o.o. oraz InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Śląskie Centrum Społeczeństwa Informacyjnego-Jednostka Budżetowa Województwa Śląskiego, 40-032 Katowice, ul. Dąbrowskiego 23** na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (pełnomocnik), Bytomska Spółka Informatyczna COIG - 4 Sp. z o.o. oraz InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 3 038 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (pełnomocnik), Bytomska Spółka Informatyczna COIG - 4 Sp. z o.o. oraz InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 5.06.2009 r. Śląskie Centrum Społeczeństwa Informacyjnego (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr ogłoszenia 2009/S 106-153450) postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Doradca Technologiczny przy realizacji projektu "Rozbudowa i upowszechnienie Systemu Elektronicznej Komunikacji Administracji Publicznej w Województwie Śląskim -SEKAP2". Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 185 705,80 euro.

W dniu 14.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. (pełnomocnik), Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o.o., InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna (zwani dalej Konsorcjum bądź Odwołującym).

W dniu 21.07.2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 31.07.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 5.08.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co podtrzymał również później w odwołaniu):

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie, a mianowicie przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż brak było ku temu przesłanek,

- art. 23 ust. 1 i ust. 3, art. 25 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez jego błędną interpretację i nieprawidłowe zastosowanie - przez wykluczenie Odwołującego i uznanie, że nie spełnia on wymagań finansowych i ekonomicznych określonych przez Zamawiającego oraz nie przedstawił dokumentów potwierdzających posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o sumie gwarancyjnej ubezpieczenia w wysokości co najmniej 500.000,00 zł, pomimo że Odwołujący przedstawił dokumenty, z których wynikało, iż jako Konsorcjum posiada odpowiednie ubezpieczenie OC,

- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 29.06.2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty, co zostało skutecznie uzupełnione w dniu 30.06.2009 r.

W ocenie Odwołującego, w opisanej przez niego sytuacji uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o sumie gwarancyjnej ubezpieczenia w wysokości co najmniej 500.000,00 zł narusza art. 23 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zamawiający oddalając protest, przyznał, że jeden z uczestników Konsorcjum złożył polisę na wymaganą kwotę (uznawszy argumenty Odwołującego przedstawione w proteście co do jednej z polis załączonych do oferty Konsorcjum), niemniej jednak nie zmienił swojej decyzji o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania, bowiem w jego ocenie z postanowień

SIWZ wynikało, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia każdy z nich musi złożyć polisę wymaganej wartości.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego o braku obowiązku przedstawiania dokumentów dotyczących posiadanego ubezpieczenia OC przez wszystkich Konsorcjantów w sytuacji, gdy przynajmniej jeden z nich spełnia warunki postępowania. Wskazał, że z postanowień SIWZ wynikało wyraźnie, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia każdy z nich winien złożyć polisę wymaganej wartości i postanowienia te nie zostały oprotestowane.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający z kolei stwierdził, że Konsorcjum uzupełniło dokumenty (i w wyniku tego powtórencgo uzupełnienia wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. wykazał, że każdy z uczestników konsorcjum ma polisę o wymaganej wartości), ale uzupełniło je zbyt późno – uzupełnień tych nie można uwzględnić przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania i powtórnej oceny ofert, jego oferta, jako druga w rankingu ofert, miałaby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, iż wykonawcy składając ofertę na zamówienie muszą posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o sumie gwarancyjnej w wysokości co najmniej 500.000,00 zł oraz że wykonawcy zobowiązani są, w celu wykazania spełnienia tego warunku, przedstawić polisę, a w przypadku jej braku dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (ust 6.1 pkt 4.8 SIWZ). Jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia – polisę o wymaganej wartości powinien przedstawić każdy z nich (pkt 6.2.2. A SIWZ).

2. Odwołujący wraz ze złożoną ofertą przedstawił:

1) polisę nr 40251023265 wystawioną na ubezpieczającego InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna z dnia 15.02.2009 r. (ubezpieczenie podmiotów gospodarczych Generalia PRESTO) wraz z aneksem do tej polisy z dnia 15.02.2009 r., prostującym błędne zapisy na polisie, na sumę gwarancyjną w wysokości 1.000.000,00 zł;

2) polisę nr COB 0003475 wystawioną na Nizielski & Borys Consulting Spółka Jawna, na sumę gwarancyjną w wysokości 1.500.000,00 zł,

3) polisę nr 9006123790043 wystawioną na Bytomską Spółkę Informatyczną COIG-4 Sp. z o.o. na sumę gwarancyjną w wysokości 2.000.000,00 zł.

3. Pismem z dnia 29.06.2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełniania złożonej oferty i pismem z dnia 30.06.2009 r. Odwołujący uzupełnił złożoną ofertę zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, m.in. wyjaśnił, iż data przedstawionej polisy nr 40251023265 wystawionej na ubezpieczającego InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna jest prawidłowa (tj. data 15.02.2009r.), a jedynie w treści aneksu do w/w polisy omyłkowo zostało wskazane, iż aneks dotyczy polisy z 15.02.2008 r.; jednocześnie Odwołujący przedstawił Aneks do polisy Generalia PRESTO nr 40251023265 wystawionej na ubezpieczonego InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna o prawidłowej treści. Ponadto wśród dokumentów uzupełnionych, Odwołujący złożył oświadczenie ubezpieczyciela, wyjaśniające, iż InfoStrategia posiada ubezpieczenie w wymaganej kwocie. Dodatkowo na ubezpieczeniu zawarto odrębną informację o treści „ochrona ubezpieczeniowa potwierdzona polisą 40241022978 oraz aneksem z dnia 2009.02.15”.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że w toku uzupełnienia dokumentów Odwołujący skutecznie wyjaśnił wątpliwości co do polis dwóch uczestników Konsorcjum: Nizielski & Borys oraz COIG-4, natomiast dokumenty złożone w dn. 30.06.2009 r. nie potwierdziły ubezpieczenia trzeciego uczestnika Konsorcjum – firmy InfoStrategia.

W ocenie Zamawiającego, o ile można byłoby przyjąć, że aneks z poprawioną datą wystawienia polisy jest prawidłowy, to załączone obok niego oświadczenie – wskazujące, że InfoStrategia jest objęta ochroną ubezpieczeniową na podstawie innej polisy (nr 40241022978, co wynika z odrębnej wzmianki na oświadczeniu) budzi dalsze wątpliwości co do dotychczasowo złożonych dokumentów i wątpliwości te nie mogą być wyjaśnione, zdaniem Zamawiającego, ze względu na zasadę jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Wątpliwości te zostały wyjaśnione dopiero w piśmie załączonym do protestu – a więc po terminie.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, skład orzekający stwierdził, że InfoStrategia posiada wymagane przez Zamawiającego ubezpieczenie, co zostało potwierdzone odpowiednią polisą.

Rzeczywiście, do oferty załączono polisę zawierającą błąd co do kwoty ubezpieczenia i aneks prostujący ten błąd, a w aneksie podano nieprawidłową datę wystawienia polisy, do której aneks ten miał się odnosić (15.02.2008 zamiast 15.02.2009); numer polisy w aneksie podano prawidłowy.

Choć błąd tego rodzaju, jak opisany powyżej, najprawdopodobniej był wynikiem omyłki pisarskiej, Zamawiający słusznie postąpił, wzywając do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W określonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący przedłożył prawidłowy aneks (z prawidłową datą polisy).

Na podstawie uzupełnionych dokumentów, w ocenie Izby, jednoznacznie można było ustalić, że InfoStrategia posiada ubezpieczenie w wymaganej wysokości, zatem Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu ubezpieczenia.

W sprzeczności z takim ustaleniem nie stoi oświadczenie z dn. 30.06.2009 r., znajdujące się wśród uzupełnionych dokumentów. W oświadczeniu tym Specjalista ds. Ubezpieczeń Majątkowych potwierdza zakres odpowiedzialności ubezpieczenia i sumę ubezpieczenia. Z odrębnej notatki na oświadczeniu nie można wywieść, że dotychczas przedłożona polisa (wraz z aneksem) była nieprawdziwa czy też zawierała inne błędy.

W ocenie składu orzekającego, jeżeli Zamawiający powziął nowe wątpliwości – w związku z oświadczeniem z dn. 30.06.2009 r. (a właściwie odrębną notatką zawartą tamże) - mógł je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, i takie wezwanie nie naruszałoby wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Rzeczywiście w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym Prawa zamówień publicznych została wyrażona zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu, jeżeli wezwanie ma dotyczyć tego samego dokumentu. Reguła ta ukształtowana została w celu zachowania uczciwej konkurencji i ma przeciwdziałać wzywaniu wykonawcy „do skutku”. Jednak reguły tej, niewyrażonej zresztą w przepisach Prawa zamówień publicznych, nie można traktować w sposób nadmiernie formalistyczny – jeżeli dokument uzupełniony przez wykonawcę budzi wątpliwości Zamawiającego (jest nieczytelny bądź z innych powodów niejasny), Zamawiający winien wyjaśnić te wątpliwości, a każdy taki przypadek należy badać indywidualnie, mając na uwadze zachowanie zasady uczciwej konkurencji (por. KIO/UZP 1069/09). W niniejszej sytuacji, o ile treść oświadczenia budziła wątpliwości Zamawiającego, nic nie stało na przeszkodzie, aby je wyjaśnić.

(Odwołujący wyjaśnił je w załączonym do protestu oświadczeniu z dn. 16.07.2009 r., wyjaśniającego, że w oświadczeniu z dn. 30.06.2009 r. omyłkowo podano numer polisy).

Reasumując, Izba uznała, że nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania posiadania ubezpieczenia w odpowiedniej wysokości, w konsekwencji czego uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Nie stwierdzono jednak naruszenia art. 23 ust. 1 i ust. 3, art. 25 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, zgodnie z wnioskiem Odwołującego. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....