

Sygn. akt: KIO/UZP 808/08

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 20 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: GNOM Sp. z o.o., Mieczysław Białowąg Zakład Transportu i Budowy Dróg, 92-518 Łódź, ul. Techniczna 20** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 17 lipca 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A.97-400 Bełchatów, ul. Lipowa 67 – Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A., 99-200 Poddębice, ul. Łódzka 108, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów ERBEDIM Sp. z o.o., 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Żelazna 3**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: GNOM Sp. z o.o., Mieczysław Białowas Zakład Transportu i Budowy Dróg, 92-518 Łódź, ul. Techniczna 20**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: GNOM Sp. z o.o., Mieczysław Białowas Zakład Transportu i Budowy Dróg, 92-518 Łódź, ul. Techniczna 20,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: GNOM Sp. z o.o., Mieczysław Białowas Zakład Transportu i Budowy Dróg, 92-518 Łódź, ul. Techniczna**

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące i zimowe utrzymanie wraz z patrołowaniem autostrady A-2 Dąbie – Stryków i obwodnicy Strykowa, zarządzanych przez GDDKiA Oddział Łódź, w latach 2008-2012”.

W dniu 10.07.2008r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum w składzie :

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna (Bełchatów) – Lider,
Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna (Poddębice),

Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Sp. z o.o. (Piotrków Trybunalski) – zwane dalej „Konsorcjum PRDiM S.A.”. Wskazano, że wybór został dokonany w oparciu o kryterium cenowe i oferta ta uzyskała najwyższą ilość punktów.

Z postępowania wykluczono Konsorcjum :

- IMEX-Bis sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp ponieważ wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 Pzp w zakresie potencjału kadrowego.

Ponadto z postępowania wykluczono Konsorcjum :

- „POL-DRÓG Piła” sp. z o.o. , Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., „POL-DRÓG Konin” S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu braku wadium. Oferty ww. wykonawców uznano za odrzucone ponieważ zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania.

W dniu 17.07.2008r. protest dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty wniósł GNOM sp. z o.o. – Lider Konsorcjum którego członkiem jest Mieczysław Białowas prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg Mieczysław Białowas. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyznanie zamówienia Konsorcjum PRDiM S.A. Ponadto wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PRDiM S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunki uczestnictwa w postępowaniu pomimo, że Konsorcjum nie spełniało wymagań zamawiającego. Kolejnym naruszeniem wskazanym przez protestującego było zaniechanie zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum PRDiM S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wskazano również na naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualne wezwanie Konsorcjum PRDiM S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uczestnictwa w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Konsorcjum PRDiM S.A. z postępowania i uznanie oferty protestującego za najkorzystniejszą.

W argumentacji wskazano, że zamawiający żądał w SIWZ potwierdzenia potencjału finansowego poprzez posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w przedmiocie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia przewidzianego do wykonania w ramach projektu na równowartość kwoty nie mniejszej niż 5 000 000 zł, a ponadto wskazano na konieczność łącznego spełniania warunku przez wykonawców występujących wspólnie. Protestujący następnie wskazał na sposób określenia opisu

przedmiotu zamówienia przez zamawiającego – w tym na kody CPV wraz z oznaczeniami. Następnie podkreślono, że żaden z wykonawców należących do Konsorcjum PRDiM S.A. nie posiadał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia przewidzianego do wykonania w ramach prowadzonego postępowania. W wyniku powyższego w ocenie protestującego zamawiający powinien wezwać ww. Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a w przypadku zaniechania tej czynności powinien wykluczyć Konsorcjum PRDiM z uwagi na nie udowodnienie spełnienia warunku uczestnictwa w postępowaniu. Naruszenie art. 7 ustawy protestujący argumentował przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.

W dniu 22.07.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyło Konsorcjum PRDiM S.A. Wskazano na niezasadność zarzutów zawartych w proteście ponieważ w ocenie przystępującego jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Wniesiono o oddalenie protestu.

W dniu 25.07.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie. W argumentacji wskazano, że Konsorcjum PRDiM S.A. załączyło do oferty trzy polisy ubezpieczeniowe. Z polisy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. wynikało, że obejmuje ona pełny zakres działalności przedsiębiorstwa – bez wyłączeń i ograniczeń. Zakres pozostałych polis dotyczących członków konsorcjum również dotyczył całej ich działalności określonej w KRS. Łączna wartość złożonych polis przekracza wymagania zamawiającego ponieważ opiewa na kwotę 31.000.000 zł.

Wskazano ponadto, że Zamawiający zmniejszył swoje wymagania w zakresie polisy ubezpieczeniowej w stosunku do możliwości wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i za wystarczające uznał posiadanie ubezpieczenia na przedmioty działalności odzwierciedlone w KRS które są zgodne z przedmiotem zamówienia.

Wskazano na nieprawidłowość tezy zgodnie z którą ubezpieczenie wykonawcy na etapie składania ofert powinno obejmować zakresem cały przedmiot zamówienia – wynikający z przedstawionych kodów CPV. Prowadziłoby to do absurdalnej sytuacji, że w postępowaniu mogliby brać udział wykonawcy, którzy mają oznaczone w KRS wszystkie rodzaje działalności jakie obejmuje przedmiot zamówienia. Dalej wskazano na orzeczenia ZA potwierdzające argumentację prezentowaną przez zamawiającego.

W dniu 31.07.2008r. protestujący wniósł odwołanie. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Konsorcjum PRDiM S.A. z postępowania i odrzucenie jego oferty, uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego. W argumentacji zacytował brzmienie pkt 7.2 Instrukcji dla wykonawców w SIWZ – żądania Zamawiającego dotyczącego potencjału ekonomiczno – finansowego wykonawcy – posiadania „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia przewidzianego do wykonania w ramach niniejszego projektu”. Wskazano dalej, że Zamawiający zażądał na potwierdzenie spełniania tego warunku przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia. Podkreślono, że zmodyfikowanie warunku przez zamawiającego w stosunku do zapisów rozporządzenia spowodowało konieczność wykluczenia konsorcjum PRDiM S.A. Podniesiono, że w proteście nie wskazywano na konieczność posiadania przedmiotu działalności w KRS odpowiadającego całemu zakresowi zamówienia. Następnie odwołujący zacytował pkt 5 Instrukcji dla wykonawców wskazując na kody CPV wraz z ich opisami. Następnie wskazano na główny przedmiot zamówienia – usługę sklasyfikowaną jako CPV: 90213000-3 Usługi usuwania oblodzeń. W ocenie odwołującego niesporne jest, że żadna z polis złożonych przez Konsorcjum PRDiM nie obejmowała tej usługi. Dalej Odwołujący zacytował wyrok SO w Radomiu z dnia 18.10.2006r. oraz wyrok ZA z dnia 1.02.2006r. Wskazano, że zamawiający nie zastosował się do własnych wymagań określonych w SIWZ w trakcie badania i oceny ofert. Podkreślono, że żadna z polis złożonych przez Konsorcjum PRDiM nie obejmuje swoim zakresem pełnego przedmiotu zamówienia a więc nie są to polisy, jakich wymagał zamawiający w SIWZ. W ocenie odwołującego zamawiający w przedmiotowej sytuacji powinien wezwać Konsorcjum PRDiM S.A. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a jeśli tego nie uczynił, to powinien wykluczyć Konsorcjum PRDiM S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na nie udowodnienie spełniania warunku uczestnictwa w postępowaniu. Na koniec wskazano na naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór oferty innej niż najkorzystniejsza.

W dniu 12.08.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego złożyło Konsorcjum PRDiM S.A. opowiadając się po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić odwołanie.

Dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie kluczowe znaczenie miała interpretacja zapisów w SIWZ dotyczących konieczności posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w niniejszym postępowaniu oraz porównanie polis zawartych w ofertach z wymaganiami określonym w SIWZ.

Zapis pkt. 2.1 SIWZ – „posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia przewidzianego do wykonania w ramach niniejszego projektu” należy rozumieć, jako konieczność posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, która odpowiada przedmiotowi zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, przedmiot zamówienia w znaczeniu tych zapisów, określony został w pkt 5.1 SIWZ – „Bieżące i zimowe utrzymanie wraz z patrolowaniem autostrady A-2 Dąbie Stryków i obwodnicy Strykowa, zarządzanych przez GDDiKA Oddział Łódź w latach 2008-2012”. Dodatkowe zapisy SIWZ – zawierające kody CPV wraz z ich opisami nie mogą w ocenie składu orzekającego stanowić podstawy do oceny spełniania warunków finansowych ustalonych w postępowaniu, gdyż nie odzwierciedlają one istotnych części przedmiotu zamówienia. Jako przedmiot główny wskazana została usługa usuwania oblodzeń, a jako dodatkowe przedmioty m.in. wybrane usługi w zakresie utrzymania czystości, sadzenia drzew i roślinności, części robót dotyczących dróg. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą kodów CPV dokonał wybiórczo wskazania części prac objętych przedmiotem zamówienia opisanych w tomie III specyfikacji oraz w specyfikacjach technicznych i obejmujących roboty naprawcze, roboty utrzymaniowe, zimowe utrzymanie oraz patrolowanie autostrady oraz obwodnicy.

Odnosnie polisy OC należącej do PRDiM S.A. złożonej w ofercie Konsorcjum PRDiM S.A. należało stwierdzić, że dotyczy ona prowadzenia działalności gospodarczej, a ponadto działalności zarządcy drogi – odcinek 58 km Autostrady A-2. Przedmiot działalności tej jednostki obejmuje również czynności zgodne z przedmiotem zamówienia w wielu punktach KRS – dotyczy to zwłaszcza robót budowlanych i wykonywania instalacji. Brak niektórych czynności, jakie wykonywane będą w zakresie zamówienia nie powoduje niemożności ich wykonywania. Jak wynika z art. 321 Kodeksu Spółek Handlowych, zarząd spółki akcyjnej powinien wszelkie zmiany dotyczące m.in. przedmiotu działalności zgłosić sądowi rejestrowemu w celu wpisania do rejestru lub ujawnienia w aktach rejestrowych. Należy również podkreślić, że znaczenie w tym zakresie ma zapis w polisie OC PRDiM S.A. odnośnie zarządcy drogi – Autostrady A2. Z art. 20 ustawy z dnia 20.03.1985r. o drogach publicznych wynika szeroki zakres obowiązków zarządcy drogi, który jest zgodny

z przedmiotem zamówienia określonym w pkt 5.1 SIWZ. Powoduje to, że należy stwierdzić zgodność polisy OC złożonej przez PRDiM S.A. z wymaganiami zamawiającego.

Odnośnie interpretacji zapisu 2.1 SIWZ i określenia „działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia”, należy wskazać na konieczność interpretacji tego zapisu w połączeniu z przepisami art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie mowa jest o znajdowaniu się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Konsorcjum PRDiM S.A., w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, udowodniło swoje możliwości odnośnie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia składając polisy OC w zakresie działalności wszystkich członków konsorcjum, a działalności te były zgodne z przedmiotem zamówienia, pomimo, że w dokumentach rejestrowych nie zostały wyszczególnione wszystkie przedmioty działalności wyszczególnione przez kody CPV zawarte w SIWZ. Należy również podkreślić, że ubezpieczenie OC jakie wykonawca powinien posiadać w związku z koniecznością spełniania warunków podmiotowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie musi być tożsame z ubezpieczeniem, jakie będzie posiadał w momencie wykonywania zamówienia i nie należy konieczności wykazania się odpowiednim potencjałem ekonomicznym utożsamiać z etapem wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*