

WYROK
z dnia 21 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Kaszub Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Ustka, 76-270 Ustka, ul. Dunina 24** protestu z dnia 12 września 2008r.

przy udziale **PREGRES s.c. Janusz Czernichowski, Janusz Wasiak, 76-200 Słupsk, ul. Słoneczna 15c** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Firmę Kaszub Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Kaszub Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4,**

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4691 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) przez **Firmę Kaszub Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** na rzecz **Gminy Ustka, 76-270 Ustka, ul. Dunina 24** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 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 **Firmy Kaszub Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4.**

Uzasadnienie

Gmina Ustka – zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę dwóch boisk sportowych i budynku sanitarno-szatniowego w miejscowości Objazda na dz. nr 352 w ramach budowy kompleksu „Moje Boisko-Orlik 2012. Gmina Ustka”.

Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.07.2008 r., nr ogłoszenia: 172201-2008.

Ogłoszenie to zostało zamieszczone także w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej.

Do upływu terminu składania ofert złożono 2 oferty.

Zawiadomieniem z dnia 10.09.2008 r., doręczonym Wykonawcom w tej samej dacie, za pomocą faksu, Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku tego postępowania. W zawiadomieniu tym Zamawiający zawarł informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty „PREGRES” s.c. Janusz Czernichowski, Janusz Wasiak, ul. Słoneczna 15c w Słupsku.

W dniu 12.09.2008 r. Dariusz Kaszuba prowadzący działalność gospodarczą: „Firma Kaszub” ul. Kolejowa 4, Kiełpino, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł do Zamawiającego protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył Wykonawca podlegający,

2

zdaniem Odwołującego, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, zaś przedmiotowa oferta – winna być odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wniósł o uwzględnienie protestu w całości, dokonanie ponownej oceny oferty, wykluczenie Wykonawcy – PREGRES sc. Janusz Czernichowski, Janusz Wasiak, dalej Wykonawca „PREGRES s.c.”, odrzucenie oferty Wykonawcy PREGRES s.c. oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, przede wszystkim, że:

1) Zamawiający postawił w postępowaniu warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Wykonawca PREGRES s.c. nie wykazał posiadania ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności. Zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 14.03.2008 r. oraz z dnia 13.03.2008 r., przedłożone przez Wykonawcę PREGRES s.c. dokumentują, że zakres działalności wykonawcy nie obejmuje nawierzchni obiektów sportowych – 45.23B PKD. Zapisy polisy nr 900610630151 Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta, opis przedmiotu zamówienia oraz przedłożone zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej dokumentują, że Wykonawca PREGRES s.c. nie posiada polisy, która umożliwia Zamawiającemu skorzystanie z ubezpieczenia. Dlatego, zdaniem Odwołującego, polisa ta nie przedstawia dla Zamawiającego żadnej wartości. Ponadto, suma ubezpieczenia od OC Wykonawcy PREGRES s.c. wynosi 100.000 zł i z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia określoną na kwotę 1.474.876,07 zł, w żaden sposób nie zabezpiecza interesu Zamawiającego.

2) Kolejnym warunkiem określonym przez Zamawiającego było posiadanie doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia stanowi:

- budowa boiska piłkarskiego o nawierzchni z sztucznej trawy – 1860 m²,
- budowa boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni sztucznej poliuretanowej – 613,1 m²,
- wykonanie prac towarzyszących.

Wykonawca PREGRES s.c. przedstawił w ofercie informację o wykonaniu kompleksu rekreacyjno-sportowego w Sycewicach. Przedmiotowa inwestycja nie dotyczyła wykonania nawierzchni odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. nawierzchni sztucznych, lecz z trawy naturalnej.

3) Wykonawca PREGRES s.c. określił koszt nawierzchni syntetycznej ze sztucznej trawy w wysokości 170 zł/m² oraz nawierzchni poliuretanowej w wysokości 210 zł/m², co jest ceną bardzo wysoką. Ceny te są nieadekwatne do realnej wartości nawierzchni, co może wynikać

3

z faktu, iż zakres robót związanych z wykonaniem nawierzchni sztucznych zostanie wtórnie podzlecony firmie posiadającej autoryzację.

Zaoferowanie zawyżonych cen nawierzchni znalazło swoje odzwierciedlenie w zaniżeniu innych elementów oraz zaoferowaniu przedmiotu niezgodnego z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”. Dla przykładu, Zamawiający wymagał zaoferowania fundamentów z kręgów o średnicy 1000 mm. Wykonawca PREGRES s.c. zaoferował kręgi o średnicy mniejszej, tj. 600 mm.

Zgodnie z rozdziałem 9 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego

sporządzonego na podstawie przedmiaru robót (str. 5). Zgodnie z rozdziałem 16 – Opis przedmiotu obliczenia ceny, „2. Wykonawca przedstawi w ofercie cenę obejmującą całość zamówienia w postaci kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie wymagań SIWZ oraz przedmiaru robót (załącznik Nr 9). 3 Cena ma być wyrażona w PLN zgodnie z polskim systemem płatniczym z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku”. Zgodnie z przedmiarem robót należało wskazać ceny jednostkowe. Wykonawca PREGRES s.c. określił ceny jednostkowe w sposób niezgodny z warunkami postępowania.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, PREGRES s.c. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 18.09.2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, na otrzymane w dniu 15.09.2008 r. wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu, swoje przystąpienie złożył PREGRES s.c. Przystępujący zakwestionował zasadność zarzutów protestu i wniósł o oddalenie protestu jako bezzasadnego.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 24.09.2008 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie, za pomocą faksu, Zamawiający oddalił protest, uznając protest za bezzasadny. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podał, że:

1. W SIWZ w rozdziale 9 – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w niniejszym postępowaniu” Zamawiający żądał przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, lecz nie wymagał wpisu o nr kodu 42.99.Z – „Roboty związane z budową pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane”. Wymagał

4

także załączenia do oferty polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od OC w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Wykonawca PREGRES s.c. spełnił żądania Zamawiającego, w tym zakresie. Zamawiający poinformował jednocześnie, że Wykonawca PREGRES s.c. posiada, po uzupełnieniu, wpis do ewidencji działalności gospodarczej o nr 42.99.Z i zakres działalności tego Wykonawcy obejmuje budowę obiektów sportowych. Dlatego nie ma podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Zamawiający wskazał również, iż nie żądał przedstawienia konkretnej sumy ubezpieczenia.

2. Zamawiający podniósł, iż zawarł w SIWZ wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu „co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia”, którym jest wykonanie dwóch boisk sportowych i budynku sanitarno-szatniowego. Zrealizowanie nawierzchni ze sztucznej poliuretanowej trawy wynika ze szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający określił w SIWZ przedmiot zamówienia za pomocą kodu CPV 45 21 22 21-1 określającego roboty budowlane w zakresie budowy boisk sportowych. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca PREGRES s.c. wykazał, iż wykonywał roboty tego samego rodzaju, tj. obiekty sportowe, zatem spełnił warunek dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia.

3. Odnosząc się do zarzutu bardzo wysokich kosztów nawierzchni syntetycznej ze sztucznej trawy oraz nawierzchni poliuretanowej, Zamawiający wskazał, iż ustalił w SIWZ, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. Wskazał, iż cena ryczałtowa zawarta w formularzu ofertowym jest ceną wiążącą zarówno w toku oceny ofert, jak i w toku realizacji zamówienia. Jest bowiem wynagrodzeniem ryczałtowym za przedmiot umowy opisany w załącznikach do umowy. Dlatego, w ocenie Zamawiającego, brak jest również podstaw do odrzucenia oferty z powodu występujących rozbieżności w stosunku do przedmiaru robót w zakresie zaoferowanych kręgów o średnicy 1000 mm.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 26.09.2008 r. (pismo z dnia 25.09.2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, poprzez złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, jednocześnie przekazując jego

kopię Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty z protestu i wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonanie ponownej oceny ofert,

5

-
- wykluczenie wykonawcy PREGRES s.c.,
 - odrzucenie oferty wykonawcy PREGRES s.c.,
 - dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W dniu 07.10.2008 r. Wykonawca PREGRES s.c. zgłosił do Prezesa UZP przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje:

1) W SIWZ, w rozdziale 9 – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu” w pkt 1 ppkt 4 Zamawiający zażądał, w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia załączenia do oferty polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia, potwierdzającego, że „Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej”.

Wykonawca PREGRES s.c. przedłożył w ofercie polisę nr 900610630151 Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta, stwierdzającą, iż Janusz Czernichowski i Janusz Wasiak PREGRES s.c. objęci są w okresie od 01.03.2008 r. do 28.02.2009 r. ubezpieczeniem w zakresie podstawowym: „OC związana z prowadzeniem działalności gospodarczej i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności”, na sumę ubezpieczenia 100.000 zł.

W ocenie składu orzekającego Izby, PREGRES s.c. spełnił określony przez Zamawiającego wymóg dotyczący ubezpieczenia. Załączona do oferty tego Wykonawcy polisa stwierdza fakt objęcia ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzeniem przez PREGRES s.c. działalności gospodarczej. Polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności gospodarczej od ujawnienia w ewidencji działalności gospodarczej danego rodzaju działalności (opisany przy użyciu odpowiednich kodów i nazw), jeżeli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Zgodnie ze stanowiskiem UZP, zawartym na str 126 Komentarza pod red. T. Czajkowskiego (Warszawa, 2007) ustawa Pzp nie daje podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze (bądź ewidencji) odpowiadał przedmiotowi określonemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD). W świetle powyższego, fakt nie wyszczególnienia w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej działalności w zakresie budowy nawierzchni obiektów sportowych – 45.23B PKD nie

6

oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp i pozostaje bez znaczenia z punktu oceny spełnienia przez PREGRES s.c. wymogu złożenia wymaganej przez Zamawiającego polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu minimalnej wysokości sumy ubezpieczenia. Dlatego niezasadnym okazał się zarzut, iż polisa złożona przez PREGRES s.c., z uwagi na wysokość sumy ubezpieczenia od OC - 100.000 zł i określoną przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia – w kwocie 1.474.876,07 zł nie zabezpiecza interesu Zamawiającego. Zamawiający nie określił bowiem wymogu przedstawienia polisy (lub innego dokumentu ubezpieczenia) na konkretną sumę ubezpieczenia.

2) Nie potwierdził się zarzut niespełnienia przez PREGRES s.c. warunku w zakresie

posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego. Zamawiający zawarł w rozdz. 9 w pkt 5 wymóg załączenia do oferty wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Poza tym sformułowaniem Zamawiający nie określił w SIWZ co rozumie przez „roboty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. Wobec powyższego na etapie oceny ofert Zamawiający nie może zawężyć sposobu rozumienia tego pojęcia, w szczególności nie może odczytywać go przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia zawartego w rozdziale 2, czy też jego części, ponieważ nie sposób dopiero na tym etapie dokonywać selekcji, która część opisu jest kluczowa dla przedmiotu zamówienia i decyduje o podobieństwie.

Zatem, ze względu na brak określenia, do którego z punktów opisu przedmiotu zamówienia należy odnieść sposób rozumienia robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia, stwierdzić należy, że z tego tytułu Zamawiający nie mógł wywieść jakichkolwiek sankcji dla wykonawców i zasadnie uznał, że wykazane przez PREGRES s.c. roboty budowlane (kompleks rekreacyjno-sportowy w Sycewicach) odpowiadają swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

3) Zgodnie z § 2 ust. 1 Projektu umowy, wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu zostało ustalone jako wynagrodzenie ryczałtowe. Zakres zamówienia określa, zgodnie z § 4 ust. 1

7

dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne. Wobec powyższego uznać należy, że ze względu na ryczałtowy charakter ceny, ewentualne niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, wobec przepisu art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a pozostają bez wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Skład orzekający Izby stwierdza również, że z zapisów rozdziału XVI pkt 1 i 3 SIWZ jednoznacznie wynika, iż ceną ofertową w tym postępowaniu jest cena wskazana w formularzu ofertowym i ta cena miała być wyrażona z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku. Jednocześnie, Zamawiający nie wyartykułował takiego wymogu w odniesieniu do cen jednostkowych, jakie miały się znaleźć w kosztorysie ofertowym.

Niezasadnym okazał się zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, z powodu zaoferowania przez PREGRES s.c. kręgów do budowy studni o średnicy 600 mm, zamiast – zdaniem Odwołującego – o średnicy 1000 mm. Zamawiający wykazał w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie, iż w świetle przedmiaru robót średnica kręgów winna wynosić 600 mm.

Wobec powyższego, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, a także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów związanych z dojazdem, noclegiem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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).

8

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 **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*