

I

Sygn. akt XXIII GA 155/10

WYROK

W TRYBIE RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 marca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Wydział XXIII Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Bolesław Wadowski
Sędziowie SSO Jolanty Stępień - Kordiał

SSO Bernard Litwiniec (spr.)

Protokolant apl. rad. Katarzyna Burczaniuk

po rozpoznaniu w dniu 29 marca 2010 r. w Warszawie na rozprawie
sprawy ze skargi Atos Sp. z o.o. w Łodzi

z udziałem przeciwnika skargi Agencji Mienia Wojskowego w Warszawie
i interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi Reffe\ Agencja
Ochrony Osób i Mienia Sp. z o.o. w Radomiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt
KIO/UZP 15559/09

I. oddala skargę,

II. zasądza od Atos Sp. z o.o. w Łodzi na rzecz Agencji Mienia Wojskowego w
Warszawie 690 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania przed
Sądem Okręgowym, ORVCINMC właściwe ?od^is*

StKP.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt.- KfO/UZP 1859/09 krajowa izba
Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Alos Sp. z o.o., oddaliła
odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny i dokonała oceny prawnej, a mianowicie;

Atos sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwana dalej „Odwołującym” złożyła protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Ochronę fizyczną wraz z elementami technicznego utrzymania nieruchomości będących w zasobach Oddziału Terenowego Biura Agencji Mienia Wojskowego w Warszawie”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. U. z 2007 r. Kr 22.1 poz. 655, z późn. zro.), (dalej: „ustawa Tzp”) przez Oddział Terenowego Biura Agencji Mienia Wojskowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym URP, dnia 31 października 2009 r. (nr ogłoszenia: 2D09ZS 211J 03 779),

Pismem z dnia 19 listopada 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Agencję Ochrony Osób i Mienia Reflex sp. z o.o. (dalej: „Reflex”).

Na tę czynność Odwołujący pismem z dnia 21 listopada 2009 r. (wpłynęło do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest, w którym podniósł, że wybrany w postępowaniu wykonawca nie spełnił warunków udziału, tym samym zarzucił Zamawiającemu;

- 1) zniechętne wykluczenia z postępowania wskazał wykonawcy pomimo, że Zamawiający był do tego zobowiązany na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz, na podstawie pkt 4 pkt 1) i 2) e) SIWZ (str. 5);
- 2) wybór oferty tego wykonawcy pomimo, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o wykluczenie z postępowania wykonawcy Reflex i o powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 3 grudnia 2009 r., doręczonym Odwołującemu faksem w tej samej dacie, poprzez jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego wykonawca firma Reflex spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 9 grudnia 2009 r. (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa UZP odwołanie, przekazując w tej samej dacie jego kopię Zamawiającemu. W odwołaniu został podtrzymany zarzut. Żądania i argumentacja podniesione w proteście-

Pismem z dnia 10 grudnia 2009 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych drogą faksową w tym samym dniu, zaś w piśmie w dniu 11 grudnia 2009 r., firma Reflex złożyła przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego-

Przebiegając do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że odwołanie nie usługuje uwzględnieniu. W ocenie Izby brak było podstaw do wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Reflex, o co wnosił Odwołujący. W oparciu o dokumentację postępowania ustalono, że:

- 1) Zamawiający w pkt 11.1 SIWZ wskazał na jeden z kilku „Ogólnych warunków udziału w postępowaniu”¹¹, mianowicie, iż: „Wykonawca zobowiązuje się do zawarcia na czas wykonywania umowy — tj. od dnia 01.01.2010 r. do dnia 31.12.2010 r. — polisy ubezpieczeniowej o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł potwierdzającej jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy. Druk stanowiący dowód wykupienia polisy OC (lub potwierdzoną kopię) Wykonawca dołączy do oferty”.

- 2) Zamawiający w pkt II.1 tire szósty SIWZ wskazał na kolejny z kilku „Ogólnych warunków⁷ udziału w postępowaniu¹¹, mianowicie, iż „Wykonawca dołączy do oferty wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w jego wykonywaniu wg wzoru zał. Nr 5 do SIWZ¹. Wzór (ego załącznika został również określony przez Zamawiającego, Wzór ten skonstruowano jako oświadczenie wykonawcy, w którym w formie tabelarycznej należało w trzech odrębnych kolumnach wskazać: 1. imię i nazwisko 2. kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia 3. inne informacje (o ile Wykonawca uzna za konieczne ich podanie), gdzie zgodnie z przypisem Zamawiającego zawartym pod tabelą należało zaznaczyć które nieruchomości będą obsługiwać poszczególne osoby.
- 3) W pkt 111-1 Zamawiający określił wymagane przez niego od wykonawców oświadczenia i dokumenty, jakie mieli dostarczyć wykonawcy w niniejszym postępowaniu. W ppkt 5 Zamawiający wskazał na dokumenty potwierdzające spełnianie ogólnych warunków określonych w rozdziale IT. 1
- 4) Firma Reflex, której oferta jest kwestionowana, załączyła do swojej oferty kopię polisy ubezpieczeniowej TUZ seria U A nr 0000222 wystawionej dla tego wykonawcy wskazującej na okres ubezpieczenia od 15 marca 2009 r. do 14 marca 2010 r. na sumę ubezpieczenia 2.000.000,00 PLN, Do oferty dołączono również Oświadczenie - zobowiązanie wykonawcy podpisane przez Prezesa Zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji firmy Beflez, datowane na dzień 12 listopada 2009 r., w którym wykonawca ten informuje o posiadaniu wskazanej polisy ubezpieczeniowej ważnej do dnia 14 marca 2010 r. i zobowiązuje się - w przypadku zawarcia z nim umowy w sprawie realizacji mniejszego zamówienia publicznego do przedłużenia tej polisy na czas trwania umowy, tj. do dnia 31 grudnia 2010 r.
- 5) Do oferty firmy Reflex został dołączony również załącznik nr 5 (3 str.) zawierający wykaz konkretnych osób, przypisanych do poszczególnych opisanych w przedmiocie zamówienia posterunków, w tym co do dwóch kwestionowanych w odwołaniu posterunków wykonawca (on wskazał odpowiednio dla posterunku w Warszawie przy ul. Świejszcza 102 - dwie osoby oraz dla posterunku Warszawa Modlin - 4 osoby.
- 6) W ramach zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu firma Reflex dołączyła trzy potwierdzenia wykonaniu przelewu tytułem płatności trzech rat składek od polisy ubezpieczeniowej OC nr 0006222 datowane na 26 marca 2009 r., 17 czerwca 2009 r. i 14 września 2009 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne skład orzekającej Krajowej Izby Odwoławczej doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,

Co do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Reflex* z udziału w postępowaniu z powodu nie dołączenia do oferty druku wykupienia polisy ubezpieczeniowej skład orzekającej Izby uznał, że z literalnych zapisów⁷ postanowień SIWZ (pkt 111.1 tire piąty) wynika, że druk, który stanowi dowód wykupienia polisy ubezpieczeniowej Wykonawca miał obowiązek załączyć do oferty. Ten zapis SIWK

interpretowany w całości z warunkiem udziału określonym przez Zamawiającego wskazuje jednak, że dowód taki (wykupienia polisy), czy nawet dysponowanie taką polisą nie było niezbędne. Treścią owego warunku było bowiem zobowiązanie wykonawcy do zawarcia takiej polisy ubezpieczeniowej na czas realizacji umowy. Polisa ubezpieczeniowa na etapie składania ofert w ogóle nie musiała być w dyspozycji wykonawcy. Dla Zamawiającego istotne było, aby wykonawca w treści oferty zobowiązał się do zawarcia takiej umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na czas realizacji zamówienia. Kie był to więc warunek sensu stricto na potwierdzenie sytuacji podmiotowej wykonawcy potwierdzany - zgodnie z przepisem § 1 ust 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr K7, poz. 605, z późn. zm.) aktualna polisa od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności

gospodarczej wykonawcy. Wymóg, który Zamawiający określił we wskazanych postanowieniach SIWZ, był do facio wymogiem dotyczącym zabezpieczeniu realizacji zamówienia przez wybranego w postępowaniu wykonawcę, a nie wymogiem w zakresie badania potencjalnych możliwości wykonawcy do realizacji zamówienia. Określenie przez Zamawiającego w ramach tego wymogu, że żąda przedłożenia druku stanowiącego dowód wykupienia polisy OC, w tym kontekście wydaje się niejasny, skoro Zamawiający dopuszczał możliwość niedysponowania taką polisą na dzień składania ofert, a wystarczającym było dla niego zobowiązanie wykonawcy do zawarcia w przyszłości takiej polisy ubezpieczeniowej, (trudno byłoby jednocześnie wypełnić wymóg dostarczenia druku stanowiącego dowód wykupienia polisy. Z drugiej też strony (trudno powiedzieć, co Zamawiający miał na myśli wskazując na „druk stanowiący dowód wykupienia polisy OC”). W ocenie Izby za taki druk można byłoby uznać zarówno samą polisę, ale również - jak twierdzi Odwołujący - potwierdzenie zapłaty, składek ubezpieczeniowych od tej polisy. Różąc pod uwagę wskazane niejasności w zapisach SIWZ skład orzekający Izby uznał, że nie mogą one w sposób ujemny wpływać na sytuację któregośkolwiek z wykonawców, który nie wypełniłby wykraczającego poza ramy warunku udziału w postępowaniu (jeśli za taki uznać zobowiązanie do zawarcia umowy ubezpieczeniowej), a także poza zakres regulacji przepisów przywołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Tym samym zatem Izba uznała, że zarzut niespełnienia tego warunku przez firmę Reilca i zaniechania w tym względzie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania nie potwierdził się.

W kwestii zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Interfax z udziału w postępowaniu z powodu nie przedstąpienia w ofercie wystarczającej ilości osób do realizacji zamówienia KIG zwróciła uwagę, że wykonawca firma Refex załączył do swojej oferty wymagany przez Zamawiającego załącznik nr 5 do oferty, co jest okolicznością niesporną pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikiem. Izba uznała, biorąc w tym względzie pod uwagę zapisy SIWZ, że tak naprawdę w tym zakresie jedynym wymogiem określonym przez Zamawiającego było przedłożenie owego wykazu osób. Zamawiając;⁷ nie określił w tym przedmiocie żadnego warunku, wskazując na minimalną liczbę osób wymaganych do realizacji zamówienia, ich kwalifikacji, formy w jakiej będą wykonywać usługi objęte przedmiotem zamówienia (np, czy będzie to stosunek pracy, zlecenie, czy inny) itd. Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób stawić w tym względzie zarzutów wobec wykonawcy, który w załączonym wykazie określił 60 osób z podaniem ich imion i nazwisk i przyporządkowując je do świadczenia usług na określonych nieruchomościach. Ta ogólna ilość osób, jak i konkretne przypisane do konkretnych nieruchomości uwzględniając warunek postawiony przez Zamawiającego (a w zasadzie jego brak) — nie może być deprecjonowana. Odnoszenie oceny spełniania warunku, przy czym braku postawienia warunku przez Zamawiającego, do opisu przedmiotu zamówienia, co uczynił Odwołujący, i wyciąganie z tego wniosków co do braku

b-

możliwości należytego wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia może być CO najwyżej oceniane na etapie realizacji zamówienia. Nie może natomiast stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na etapie składania ofert bowiem Zamawiający w tym zakresie nie określił w ogóle warunku udziału, w postępowaniu co do potencjału osobowego.

Pismem datowanym na dzień 25 stycznia 2010 Atos" sp. z o.o. /złożyła skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając:

1) błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy, przez przyjęcie że Zamawiający nie postawił w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, dotyczących przedstawienia dowodu wykupienia polisy ubezpieczeniowej oraz wykazania przez wykonawców potencjału osobowego niezbędnego do wykonania zamówienia,

2) naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych:

- a) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie że Zamawiający, nie respektując zapisów SIWZ który sam sprecyzował, nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jedynie wykazał „niefrasobliwość”.
- b) art. 22 ust 1 oraz 24 ust 1 pkt 10 i ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu przed zmianą tych przepisów, wprowadzoną ustawą z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Dz. U. 2009/1591 p. przez ECH niezastosowanie,
- c) art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie że zamawiający może dowolnie opisać przedmiot zamówienia.

Sąd Okręgowy zważył, że następuje.

Skarga jest niezasadna.

Rzeczstrzygnięcie KIO zawarte w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. jest prawidłowe i Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia i ocenę prawną przedstawioną w jego uzasadnieniu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy, przez przyjęcie, że Zamawiający nie postawił w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

dotyczących przedstawienia dowodu wykupienia polisy ubezpieczeniowej oraz wykazania przez wykonawców potencjału osobowego niezbędnego (to wykonania zamówienia,

KIO dokonała właściwej interpretacji SIWZ. Analiza wymogów (b) przedstawionych a odnoszących się do zobowiązania wykonawcy do zawaicia na czas wykonywania umowy - tj. od dnia 01.01.2010 r. do dnia 31.12.2010 r. - polisy ubezpieczeniowej o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł potwierdzającej jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu Liniowy i dołączenia druku stanowiącego dowód wykupienia polisy OC (lub potwierdzonej kopii), była prawidłowa. Rzecz jasna, że z treści SIWZ nie wynika, aby wykonawca został zobowiązany do wykazania zawarcia, już w chwili składania oferty, polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy obejmującej okres od 1.01.2010 do 31.12.2010 r. Wykładania gramatyczna i edownościowa omawianego wymogu nie dają żadnych podstaw do takiego wniosku, .lego treść prowadzi natomiast do wniosku, że nie sposób wymagać od wykonawcy przedstawienia wykupienia polisy ubezpieczeniowej obejmującej przyszły okres, kiedy ten ostatni nie ntu pewności, że dojdzie do zawarcia umowy nią objętej. Wystarczające było zatem dla spełnienia omawianego wymogu załączenie pr/ez. Rciles polisy Towarzystwa Ubezpieczeń

Wzajemnych TiJZ, obejmującej okres od 15.03.2009 r do 14.03.2010 r. W ocenie Sądu Okręgowego należało uznać, że >a druk stanowiący dowód wykupienia polisy OC można byłoby uznać samą polisę. KIO ustaliła, że Jirma Itcflc/ dołączyła trzy potwierdzenia wykonania przelewu ty)ulem płatności Ir/ech rat składek od polisy ulleżpiecaeniowi&j OC datowanych na 26.03.2009 r., 17.0(5.2009 r. i 14.09.2009 r. To także dawało podstawy Jo przyjęcia, że wykonawca wykazał Takt wykupienia omawianej polisy OC. Jednocześnie prezes spółki Eeflex przedstawił zobowiązanie do przedłożenia tej polisy, w przypadku zawarcia z nim umowy dotyczącej realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, na okres trwania unioy tj. do dnia 3-1.12.201 G r. Z tych względów należało uznać, że wykonawca spełnił wymogi SIWZ dotycząc zobowiązania się do zawarcia na czas wykonywania umowy polisy ubezpieczeniowej o wartości nie mniejszej niż 2.(10Q.00Q>O¹O zł potwierdzającej jego ubezpieczano od odliowiedzialrności cywilnej w zakresie czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy.

Wymogiem określonym przez Zamawiającego było przedłożenie wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w jego wykonywaniu według wzoru przedstawionego w załączniku do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że taki wykaz został złożony przez Wykonawcę zgodnie z tym wymogiem, trzeba podzielić stanowisko KIO, że Zamawiający nie określił w tym przedmiocie żadnego warunku, wskazując na minimalną liczbę osób wymaganych do realizacji zamówienia, ich kwalifikacji i czy formy w jakiej będą wykonywać usługi objęte przedmiotem zamówienia. Z tego względu nie można wymagać od Zamawiającego, ażeby wykazał już na etapie składania oferty pełne zabezpieczenie wykonania umowy, z uwzględnieniem wykazu wszystkich osób wykonujących w przyszłości zamówienie. Stawianie zarzutów dotyczących braku możliwości należytego wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia nie może być oparte na treści omawianego wymogu SIWZ. Z tego względu KIO słusznie uznała, że Zamawiający w tym zakresie nie określił wymogu wykazania dysponowania przez Wykonawcę potencjału osobowego koniecznego do realizacji zamówienia.

Sąd Okręgowy nie uznał za zasadny zarzut naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, a w szczególności "art. 7 ustawy przez przyjęcie, że Zamawiający, nie respektując zapisów SIWZ które sam sprecyzował, nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jedynie wykazał „niefrasobliwość”, art. 22 ust 1 oraz 24 ust 1 pkt 10 i ust 2 pkt 3 ustawy (w brzmieniu przed zmianą tych przepisów, wprowadzoną ustawą z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Pz. U. 206/O9r poz. 1591). przez ich niezastosowanie i art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że zamawiający może dowolnie opisać przedmiot zamówienia, W zakresie tak sformułowanych zarzutów odwołanie nie zawiera bardziej precyzyjnego uzasadnienia. Sąd Okręgowy nie dopatrzył się natomiast w analizie akt niniejszej sprawy okoliczności pozwalających na przyjęcie, że Zamawiający istotnie dopuścił się naruszenia wskazanych wyżej przepisów prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie wykazał też, że tego rodzaju naruszenia musiałyby skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze z mocy art. 19E.2 Prawa o zamówieniach publicznych orzeczono jak wyżej.