

WYROK
z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) J..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Inwestorskie J..... R..... (Lider Konsorcjum); 2) Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Inwestorskie Sp. z o. o. (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: K..... B....., ul. Legnicka 24/4, 53-673 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) J..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Inwestorskie J..... R..... (Lider Konsorcjum); 2) Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Inwestorskie Sp. z o. o. (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: K..... B....., ul. Legnicka 24/4, 53-673 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) J..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą**

Biuro Inwestorskie J..... R..... (Lider Konsorcjum); 2) Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Inwestorskie Sp. z o. o. (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: K..... B....., ul. Legnicka 24/4, 53-673 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum Firm: 1) J..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Inwestorskie J..... R..... (Lider Konsorcjum); 2) Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Inwestorskie Sp. z o. o. (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: K..... B....., ul. Legnicka 24/4, 53-673 Wrocław** na rzecz **Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: „Usługa Inżyniera Kontraktu - kompleksowe zarządzanie całością zadań przy realizacji projektu pt. „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu - „Przyłodek Nadziei”. Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej”, prowadzonego w celu rozbudowy Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu o Klinikę Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, wraz z łącznikiem podziemnym i niezbędną infrastrukturą techniczną.”, zostało wszczęte przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 031-049072 z dnia 13.02.2013 r..

W dniu 16.04.2013 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty najkorzystniejszej KOMPLET INWEST sp. j., T. G....., E. P..... – N....., al. 11-go Listopada 91k, 66-400 Gorzów Wlkp zwany dalej: „KOMPLET INWEST sp. j.” oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty Konsorcjum Firm: 1) J..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Inwestorskie J..... R..... (Lider Konsorcjum); 2) Instytut Zarządzania i Samorządności Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Inwestorskie Sp. z o. o. (Członek konsorcjum) z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: K..... B....., ul. Legnicka 24/4, 53-673 Wrocław zwanego dalej: „Konsorcjum Biuro Inwestorskie” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

Zamawiający sformułował w ppkt. V.2.4b jeden z warunków sytuacji ekonomicznej i finansowej w postępowaniu (drugi zawarł w ppkt. V.2.4a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ”), zgodnie z którym: „Wykonawca spełnia warunek, jeżeli jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (w tym deliktowej i kontraktowej) na kwotę lub równowartość kwoty min. 1.000.000,00 (jeden milion i 00/100) PLN, na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym odpowiedzialność ubezpieczyciela obejmuje zarówno szkody rzeczowe i osobowe, jak i szkody nie będące następstwem szkód w mieniu

lub na osobie (tzw. czyste straty finansowe). Dla ryzyka czystych strat finansowych dopuszcza się zastosowanie ograniczenia odpowiedzialności (limitu) w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 (pięćset tysięcy i 00 / 100) PLN. Dopuszcza się stosowanie franszyzy integralnej lub redukcyjnej w wysokości nie wyższej niż 5.000,00 (pięć tysięcy i 00 / 100), a także udziału własnego w wysokości nie wyższej niż 5% wartości szkody i nie więcej niż 20.000,00 (dwadzieścia tysięcy i 00 / 100) PLN lub rozwiązań równoważnych.”. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał w treści SIWZ, złożenia dokumentu, opisanego w pkt. VI.1. SIWZ, jako: Załącznik nr 13 – Opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Oferta Wykonawcy zawiera, na str. 44 – 45, żądany dokument, który nie jest w pełni czytelny. Po jego analizie Zamawiający uznał, że nie potwierdza on spełnienia warunku, postawionego w ppkt. V.2.4.b SIWZ, dotyczącego objęcia odpowiedzialnością ubezpieczyciela szkód nie będących następstwem szkód w mieniu lub na osobie (tzw. czystych strat finansowych). Wezwał więc Wykonawcę:

1) do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu, na podstawie § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30. 12. 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – jeżeli złożony dokument zawiera jednak zapis o „czystych stratach finansowych” (czego Zamawiającemu nie udało się ustalić), albo (jeśli nie zawiera tego zapisu):

2) do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentu, opisanego w pkt. VI.1 SIWZ, jako Załącznik nr 13 – Opłacona polisa (...), dotyczącego Pana, bądź pozostałych członków konsorcjum, składających wraz z Panem ofertę, z którego wynikać będzie również (poza innymi wymogami opisanymi w ppkt. V.2.4.b SIWZ), spełnienie warunku „czystych strat finansowych”. W odpowiedzi Wykonawca przedstawił czytelną kserokopię polisy, załączonej do oferty, poświadczoną notarialnie, wraz z dowodem jej opłacenia przed terminem składania ofert, oraz poświadczoną notarialnie kserokopię aneksu nr 1 do polisy, obowiązującego od dnia 21.03.2013 r., rozszerzającego zakres ubezpieczenia do wymaganego w SIWZ, wraz z dowodem dopłaty składki, wynikającej z aneksu, dokonanej w dniu 22.03.2013 r. (tj. następnego dnia po upływie terminu składania ofert). Z przedstawionych dokumentów wynika, że w dniu składania ofert ubezpieczenie Wykonawcy nie było opłacone w wymaganym w SIWZ zakresie. Wykonawca nie spełnia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W dniu 24.04.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) *Konsorcjum Biuro Inwestorskie* wniosło odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp od czynności Zamawiającego z dnia 16.04.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.04.2013 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji (wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp) oraz w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców (wykluczenie wykonawcy, który spełnia warunki udziału przy jednoczesnym niewykluczeniu innych wykonawców, którzy także spełniają warunki udziału w postępowaniu). W oparciu o powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia decyzji polegającej na wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie załączył dokumentu opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia „... (w tym deliktowej i kontraktowej) na kwotę lub równowartość kwoty min. 1 000 000,00 (jeden milion i 00 /100) PLN, na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym odpowiedzialność ubezpieczyciela obejmuje zarówno szkody rzeczowe i osobowe, jak i szkody nie będące następstwem szkód w mieniu lub na osobie (tzw. czyste straty finansowe). Dla ryzyka czystych strat finansowych dopuszcza się zastosowanie ograniczenia odpowiedzialności (limitu) w wysokości nie mniejszej niż 500 000,00 (pięćset tysięcy i 00 /100) PLN. Dopuszcza się stosowanie franszyzy integralnej lub redukcyjnej w wysokości nie wyższej niż 5.000,00 (pięć tysięcy i 00 / 100), a także udziału własnego w wysokości nie wyższej niż 5% wartości szkody i nie więcej niż 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy i 00/100) PLN lub rozwiązań równoważnych. ...”. W ocenie Odwołującego jednak, że żądany dokument - opłacona polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - spełniający wszelkie warunki co do treści i zakresu żadanego przez Zamawiającego został w wyznaczonych terminach złożony do Zamawiającego. Przedmiotem sporu nie jest jednak sam dokument, lecz data od której można stwierdzić, że dokument ten został opłacony. Z treści Aneksu nr 1 (do Polisy 847A159323 z dnia 09.08.2012 r.) zawartego dnia 20.03.2013 r. wynika, że dodatkową kwotę składki należy wpłacić do dnia 27.03.2013 r., jednak aneks - jako integralna część polisy 847A159323 - obowiązuje od dnia 21.03.2013 r. Termin składania ofert wyznaczony był na 21.03.2013 r. Zdaniem Odwołującego „opłacona polisa”, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 obowiązującego w przedmiotowym postępowaniu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. Nr 226, poz. 1817), to polisa, od której zostały opłacone terminowo składki ubezpieczenia, wynikające z zawartej pomiędzy stronami umowy. Polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, która to umowa została uregulowana w przepisach art. 809 § 1 KC. Zastosowanie Kodeksu Cywilnego wynika z odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Zgodnie z art. 813 § 2 oraz 814 § 1 KC, strony umowy mogą umówić się co do sposobu zapłaty składki oraz co do początku okresu odpowiedzialności ubezpieczyciela. Z treści Aneksu wynika, że strony umówiły się, że odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, czyli od 21.03.2013 r. Taką też datę należy przyjąć jako datę obowiązywania umowy ubezpieczenia.

Zamawiający w dniu 25.04.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 13.05.2013 r. (e-mailem) a w dniu 14.05.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Oferta złożona przez Odwołującego zawierała dokument opłaconej polisy ubezpieczeniowej. Po jego analizie stwierdzone zostało, że przedłożona polisa ubezpieczeniowa najprawdopodobniej nie spełnia warunku postawionego w ppkt. V.2.4.b SIWZ, dotyczącego objęcia odpowiedzialnością ubezpieczyciela szkód nie będących następstwem szkód w mieniu lub na osobie (tzw. czystych strat finansowych). Zamawiający, z uwagi na wątpliwości spowodowane słabą czytelnością dokumentu, w dniu 29.03.2013 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii polisy ubezpieczeniowej spełniającej warunek „czystych strat finansowych” albo do złożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej spełnienie warunku „czystych strat finansowych”. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący w dniu 09.04.2013 r. przedstawił czytelną, poświadczoną notarialnie, kserokopię polisy ubezpieczeniowej załączonej do oferty, wraz z dowodem jej opłacenia przed terminem składania ofert. Odwołujący przedstawił jednocześnie poświadczoną notarialnie kserokopię aneksu nr 1 do polisy ubezpieczeniowej rozszerzającego zakres pierwotnie złożonej polisy ubezpieczeniowej do wymaganego w SIWZ, w szczególności w zakresie spełnienia warunku „czystych strat finansowych”. Aneks nr 1 zgodnie z datą zamieszczoną na dokumencie został zawarty w dniu 20.03.2013 r. i obowiązywał od dnia 21.03.2013 r. Zgodnie z postanowieniami Aneksu nr 1 dopłatę składki należało wpłacić w terminie 7 dni od daty podpisania mianowicie w terminie do dnia 27.03.2013 r. Odwołujący

przedstawił ponadto dowód potwierdzenia przelewu dokonanego w dniu 22.03.2013 r., przypadającym po dniu otwarcia ofert. Przelew został dokonany tytułem płatności dodatkowej składki ubezpieczeniowej wynikającej z Aneksu nr 1. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający może żądać od wykonawcy: *opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.* Ze wskazanego powyżej przepisu rozporządzenia jednoznacznie wynika, iż polisa powinna być opłacona. Zamawiający, jak stwierdził, po dyskusji przeprowadzonej na posiedzeniu Komisji Przetargowej, podjął na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający przyjął, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej, gdyż przedstawiona przez Odwołującego polisa nie była opłacona. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zastępującego poprzednio obowiązujące rozporządzenie w sprawie dokumentów z dnia 19 maja 2006 r. wprowadziły wymóg wykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej przez przedłożenie opłaconej polisy. Mając na uwadze racjonalność działania ustawodawcy należy stwierdzić, iż zmiana ta miała charakter celowy. Powyższy wniosek potwierdza również uzasadnienie projektu rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 30 grudnia 2009 r., które wskazuje, iż: *w praktyce wykonawcy składają polisę, która nie jest opłacona - co w istocie spełnia żądanie zamawiającego – jednak taka polisa nie daje gwarancji zamawiającemu, że wykonawca wykona zamówienie. Dlatego w projekcie rozporządzenia zaproponowano, że w celu wykazania spełniania warunku przez wykonawcę, że znajduje się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający będzie mógł żądać opłaconej polisy (§ 1 ust. 1 pkt 10).* Projekt ten został następnie przyjęty bez zmian w zakresie komentowanego § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż przywołane przez Odwołującego przepisy kodeksu cywilnego, mianowicie art. 813 k.c. oraz art. 814 k.c. mają w części charakter dyspozytywny. Oznacza, to iż ubezpieczyciel może w ustalony przez siebie jednostronnie sposób określić w Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia przysługujące mu uprawnienia na wypadek braku płatności składki ubezpieczenia. Dopuszczalne jest więc zastrzeżenie, iż niezapłacenie składki w terminie wyznaczonym przez ubezpieczyciela będzie traktowane jako prawo do zerwania umowy ubezpieczenia przez ubezpieczyciela z upływem dnia wyznaczonego w umowie jako termin płatności składki. W świetle powyższego, w teoretycznym przypadku, wykonawca mógłby przed przystąpieniem do przetargu w drodze aneksu do posiadanej polisy dostosować każdą

polisę ubezpieczeniową do wymogów stawianych przez zamawiającego, uzyskując jednocześnie umowne odroczenie terminu płatności składki za rozszerzenie zakresu polisy ubezpieczeniowej na dzień przypadający po dniu otwarcia ofert. Następnie po otwarciu ofert, w sytuacji przetargu o prosto określonych kryteriach wyboru wykonawców typu 100% ceny, taki wykonawca mógłby ustalić, czy wygrał przetarg i w przypadku przegranej nie opłacić składki ubezpieczeniowej. Takie działanie wykonawcy stanowiłoby jednocześnie podstawę do zerwania ochrony ubezpieczeniowej przez ubezpieczyciela. Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Jednocześnie na Zamawiającego, na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nałożone zostały istotne ograniczenia co do rodzaju i formy dokumentów jakich Zamawiający może żądać od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Brak jest prawnej możliwości żądania przez Zamawiającego dostarczenia przez wykonawcę Ogólnych Warunków Ubezpieczenia, które mają zastosowanie do polisy ubezpieczeniowej dostarczonej przez wykonawcę. Ponadto, w braku obowiązku ustawowego, nie sposób wymagać od Zamawiającego szczegółowej analizy Ogólnych Warunków Ubezpieczenia pod kątem skuteczności ochrony ubezpieczeniowej, którą dysponują wykonawcy biorący udział w przetargu, w szczególności, iż analiza taka wymaga bardzo specjalistycznej wiedzy prawniczej. *Ratio legis* wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku sytuacji ekonomicznej, polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność, z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Zwrócił uwagę, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy, skoro Odwołujący opłacił składkę ubezpieczeniową po dniu otwarcia ofert dysponował niezbędnymi środkami pieniężnymi na opłacenie aneksu do polisy ubezpieczeniowej OC dostosowującego zakres tej polisy do wymagań SIWZ i tym samym mógł przedstawić Zamawiającemu polisę ubezpieczeniową opłaconą na dzień składania ofert. System zamówień publicznych stawia formalne wymogi co do dokumentów, którymi wykonawca może potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W świetle art. 26 ust. 3 Pzp, złożone przez wykonawcę dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż do upływu terminu składania ofert. Przyjęcie za właściwą wykładni przedstawionej przez Odwołującego powodowałoby, iż w systemie zamówień publicznych powstałaby luka prawna, którą mogliby powszechnie wykorzystywać wykonawcy, w przetargach o prosto określonych kryteriach wyboru typu

100% ceny. Taka wykładnia wykluczyłaby również sens stawiania w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego warunku sytuacji ekonomicznej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, w tym polisą Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 29.03.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnieniem z dnia 08.04.2013 r. wraz z kserokopią polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r. poświadczoną notarialnie, dowodami opłacenia składki w dwóch ratach za niniejsza polisę, kserokopią aneksu nr 1 UNIQA TU SA z dnia 20.03.2013 r. do polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 oraz dowodem opłacenia składki za aneks nr 1, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty z dnia 16.04.2013 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, pismem UNIQA TU SA z dnia 24.04.2013 r. złożonym na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 13.02.2013 r., czyli przed dniem 20.02.2013 r., tj. wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 957/13, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, w tym polisy Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r., wezwania Zamawiającego z dnia 29.03.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnienia z dnia 08.04.2013 r. wraz z kserokopią polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323

z dnia 09.08.2012 r. poświadczoną notarialnie, dowodów opłacenia składki w dwóch ratach za niniejsza polisę, kserokopii aneksu nr 1 UNIQA TU SA z dnia 20.03.2013 r. do polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 oraz dowodu opłacenia składki za aneks nr 1, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty z dnia 16.04.2013 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma UNIQA TU SA z dnia 24.04.2013 r. złożonego na rozprawie przez Odwołującego. Izba wzięła także pod uwagę Ogólne Warunki Ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu UNIQA TU SA Nr 120/2009 z dnia 06.08.2009 r. powszechnie dostępne w ramach zasobów sieci Internet na stronie:

http://www.uniqa.pl/home/03_dla_firm/05_Ubezpieczenie_OC/01_OC_z_tyt_prowadzenia_dzialalnosci_lub_posiadania_mienia.php

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji (wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp) oraz w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców (wykluczenie wykonawcy, który spełnia warunki udziału przy jednoczesnym niewykluczeniu innych wykonawców, którzy także spełniają warunki udziału w postępowaniu), Izba uznała niniejszy zarzuty za niezasadne.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający sformułował w ppkt. V.2.4 lit. b SIWZ jeden z warunków sytuacji ekonomicznej i finansowej w postępowaniu (drugi zawarł w ppkt. V.2.4a SIWZ), zgodnie z którym: *„Wykonawca spełnia warunek, jeżeli jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (w tym deliktowej i kontraktowej) na kwotę lub równowartość kwoty min. 1.000.000,00 (jeden milion i 00 / 100) PLN, na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym odpowiedzialność ubezpieczyciela obejmuje zarówno szkody rzeczowe i osobowe, jak i szkody nie będące następstwem szkód w mieniu lub na osobie (tzw. czyste straty finansowe). Dla ryzyka czystych strat finansowych dopuszcza się zastosowanie ograniczenia*

odpowiedzialności (limitu) w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 (pięćset tysięcy i 00/100) PLN. Dopuszcza się stosowanie franszyzy integralnej lub redukcyjnej w wysokości nie wyższej niż 5.000,00 (pięć tysięcy i 00 / 100), a także udziału własnego w wysokości nie wyższej niż 5% wartości szkody i nie więcej niż 20.000,00 (dwadzieścia tysięcy i 00/100) PLN lub rozwiązań równoważnych." Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał w treści SIWZ, złożenia dokumentu, opisanego w pkt. VI.1. SIWZ, jako załącznik nr 13 - opłacona polisa, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący zawiera w swojej ofercie, na str. 44 – 45, żądany dokument, który jednakże nie był w pełni czytelny. Polisa UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r. na okres od 12.08.2012 r. do 11.08.2013 r. Klauzula 16 – OC za szkody mające postać czystych strat finansowych – suma gwarancyjna 200.000 zł. Ubezpieczenie zostało zawarte w oparciu o wniosek z dnia 09.08.2012 r. na podstawie Ogólnych Warunków Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu UNIQA TU SA Nr 120/2009 z dnia 06.08.2009 r. W dniu 29.03.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego:

1) do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu, na podstawie § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – jeżeli złożony dokument zawiera jednak zapis o „czystych stratach finansowych” (czego Zamawiającemu nie udało się ustalić), albo (jeśli nie zawiera tego zapisu):

2) do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentu, opisanego w pkt. VI.1 SIWZ, jako Załącznik nr 13 – Opłacona polisa (...), dotyczącego Pana, bądź pozostałych członków konsorcjum, składających wraz z Panem ofertę, z którego wynikać będzie również (poza innymi wymogami opisanymi w ppkt. V.2.4.b SIWZ), spełnienie warunku „czystych strat finansowych”. W ramach odpowiedzi z dnia 08.04.2013 r. przedstawił czytelną kserokopię polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r. załączonej do oferty poświadczoną notarialnie, dowody opłacenia składki w dwóch ratach za niniejszą polisę przed terminem składania ofert, poświadczoną notarialnie kserokopię aneksu nr 1 UNIQA TU SA z dnia 20.03.2013 r. do polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 oraz dowód opłacenia składki za aneks nr 1 w dniu 22. 03. 2013 r. (tj. następnego dnia po upływie terminu składania ofert). Z jej treści wynika również, że nastąpiła zmiana zakresu ubezpieczenia w zakresie klauzuli m.in. 15 (OC za szkody mające postać czystych strat finansowych) zwiększono podlimit odpowiedzialności do poziomu 500.000,00 zł na jedno i na wszystkie zdarzenia (pkt 2). Okres obowiązywania aneksu: 21.03.2013 r. – 11.08.2013 r. (pkt 6). Składka dodatkowa za zwiększenie podlimitów: 2.200,00 zł (pkt 7). Dopłatę składki w kwocie

2.200,00 zł należy wpłacić na konto (...) do dnia 27.03.2013 r. Aneks stanowi integralną część polisy 847-A 159323 i obowiązuje od dnia 21.03.2013 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Przedmiotem zarzutu jest *de facto* kwestia, czy Zamawiający zasadnie nie uznał dostarczonego na wezwanie aneksu nr 1 UNIQA TU SA z dnia 20.03.2013 r. do polisy UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 przedłożonej do oferty, z uwagi na zapłacenie składki dodatkowej w wysokości 2.220,00 zł w dniu 22.03.2013 r., czyli po terminie składania ofert, który miał miejsce w dniu 21.03.2013 r. Inaczej rzecz biorąc, czy zasadnie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku ekonomicznego z ppkt. V.2.4 lit. b SIWZ.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, wynikającemu z odwołania i przedstawionemu na rozprawie, nie wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z obowiązywaniem rzeczywistej ochrony ubezpieczeniowej przed dniem opłacenia dodatkowej składki, czyli w terminie składania ofert. Odwołujący nie przedstawił Ogólnych Warunków Ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu UNIQA TU SA Nr 120/2009 z dnia 06.08.2009 r. (Izba zapoznała się z nimi ze strony internetowej ubezpieczyciela UNIQA TU SA podanej poniżej), które były podstawą podpisania polisy podstawowej UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r. i aneksu nr 1, a pismo UNIQA TU SA z dnia 24.04.2013 r. złożone na rozprawie przez Odwołującego odnosi się raczej do kwestii formalnego obowiązywania aneksu nr 1 stanowiącego integralną część polisy podstawowej. Fragment dotyczący dodatkowej składki nic nie wnosi do przedmiotu sporu. Żadne postanowienia polisy podstawowej UNIQA TU SA Nr 847-A 159323 z dnia 09.08.2012 r. i aneksu nr 1 nie dają podstawy do uznania, że zaistniała sytuacja dopuszczona art. 814 § 1 K.c., tzn., że strony umówiły się inaczej co do dnia rozpoczęcia odpowiedzialności ubezpieczyciela rzeczywistej/ materialnej, czyli możliwości odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zaplaceniem składki lub jej pierwszej raty (art. 814 § 2 K.c.).

Izba także potwierdza, że stanowisko przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego odnośnie formalnego i materialnego biegu odpowiedzialności ubezpieczyciela znajduje swoje źródło w Komentarzu Jakuba Nawracała do art. 814 K.c. dostępnym w Lexie, Komentarz 2010, stan prawny: 01.01.2010 r.). Powyższe rzeczywiście jest uzależnione od kwestii opłacenia składki. Z tym zastrzeżeniem, że: „*strony mogą umówić się inaczej*” nadto: „*Zgodnie z § 1, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się dopiero następnego dnia po zapłacie przez ubezpieczającego składki. Skutkiem niespełnienia przez*

ubezpieczającego jego świadczenia jest więc wstrzymanie przez ubezpieczyciela początkowego terminu świadczenia ochrony ubezpieczeniowej, mimo skutecznego zawarcia umowy. Zawarcie umowy wyznacza bowiem formalny okres odpowiedzialności ubezpieczyciela, natomiast opłacenie składki jest warunkiem rozpoczęcia biegu materialnego okresu ubezpieczenia. Zapłata składki (jeśli strony nie umówiły się inaczej), ma natomiast nastąpić jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia (art. 813 § 2 k.c.). Artykuł 814 § 1 k.c. ma de facto taki sam cel, jak art. 488 k.c., który dotyczy możliwości wstrzymania się jednej ze stron ze świadczeniem wzajemnym, jeśli druga strona nie spełnia swego świadczenia. Różnica polega jedynie na tym, że co do zasady świadczenia stron stosunku ubezpieczenia nie są równoczesne (ochrona rozpoczyna się dopiero od następnego dnia po zapłacie składki). W przypadku art. 814 § 1 występuje też automatyzm - zakład ubezpieczeń nie świadczy ochrony dopóki nie zostanie zapłacona składka. Na podstawie art. 488 k.c. strona może, ale nie musi wstrzymać się ze swym świadczeniem.”.

Odwołujący mimo ciężącego na nim ciężaru dowodzenia (art. 6 K.c.z) nie wykazał, że postanowienia aneksu nr 1 należy wiązać tak z formalnym, jak i materialnym rozpoczęciem biegu odpowiedzialności ubezpieczyciela UNIQA TU SA. Wręcz przeciwnie, w ocenie Izby, z Ogólnych Warunków Ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu UNIQA TU SA Nr 120/2009 z dnia 06.08.2009 r. powszechnie dostępnych w ramach zasobów sieci Internet na stronie internetowej UNIQA TU SA:

http://www.uniq.pl/home/03_dla_firm/05_Ubezpieczenie_OC/01_OC_z_tyt_prowadzenia_dzialalnosci_lub_posiadania_mienia.php,

wynika, że klauzule dodatkowe obowiązują dopiero po opłaceniu dodatkowej składki (§ 4 ust.1 – str.1 OWU).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b).

Przewodniczący :

.....