

WYROK

z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6 A** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Spółkę Wodną „Kapuściska”, 85-880 Bydgoszcz, ul. Toruńska 324a**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6 A** i uznania jego oferty za odrzuconą, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6 A**, w tym wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej określonego w pkt 6.2.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności podanych w uzasadnieniu;
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego - Spółkę Wodną „Kapuściska”, 85-880 Bydgoszcz, ul. Toruńska 324a**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6 A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego - Spółki Wodnej „Kapuściska”, 85-880 Bydgoszcz, ul. Toruńska 324a** na rzecz wykonawcy **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6 A** kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółka Wodna „KAPUŚCISKA” ul. Toruńska 324 A, 85-880 Bydgoszcz (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Wzmocnienie wstecznego, prawobrzeżnego wału przeciwpowodziowego kanału zrzutowego od Oczyszczalni Ścieków „Kapuściska” do rzeki Wisły”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2013 r. pod nr ogłoszenia 35081-2013.

W dniu 19 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 66-626 Dychów 6 A (dalej „Odwołujący”) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, oraz od zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust 4 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, a także
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców, utrudniający uczciwą konkurencję.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Hydrotechnicznego „Hydro-Eko” Sp. z o.o., ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz,
- 2) unieważnienie wykluczenia Odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 6) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanej faksem przez Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2013 r. Zamawiający podał, że dokonał wyboru w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie wykluczając z postępowania Odwołującego oraz odrzucając jego ofertę. Zamawiający podał, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"). Zamawiający wskazał w SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu, który wykonawcy muszą spełnić w zakresie sytuacji ekonomicznej (6.2.5 SIWZ) wykazanie, że posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę gwarancyjną nie mniejszą niż 2 mln zł. Na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 6.2.5. „sytuacja ekonomiczna” zamawiający zażądał przedłożenia 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 (przedstawioną w sposób umożliwiający ocenę spełnienia warunku) (pkt 7.3.6 SIWZ). Wraz z ofertą Odwołujący złożył opłaconą polisę podstawową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub używania mienia nr 908200174078 z sumą gwarancyjną 10 mln zł na jeden i wszystkie wypadki. Złożona przez Odwołującego polisa wystawiona została łącznie na kilka podmiotów, które poza Odwołującym nie brały udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Z treści przedstawionej polisy wprost wynika, że ochrona ubezpieczeniowa udzielona została na okres od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2013 r. Z treści § 9 ust. 1 ww. polisy wynika, że suma gwarancyjna dla całego zakresu odpowiedzialności objętej niniejszą umową wynosi 10.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia na jednego i wszystkich Ubezpieczonych łącznie.

W dniu 2 kwietnia 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonej polisy z uwagi na wątpliwości czy polisa OC przedłożona przez Odwołującego w sposób wystarczający dokumentuje spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył wyjaśnienia, iż spełnia warunki wskazane w SIWZ w zakresie sytuacji ekonomicznej i na potwierdzenie spełnienia warunków dołączył wystawiony przez ubezpieczyciela Certyfikat Ubezpieczeniowy. Ubezpieczyciel potwierdził, że na dzień 21 marca 2013 r., a więc w dacie przed upływem terminu do składania ofert Odwołujący objęty jest ochroną ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia polisa podstawowa nr 908200174078 zawarta na okres od 01.01.2013 r. do 31.12.2013 r. z Sumą Gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia 10.000,000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).

Ubezpieczyciel wydał Certyfikat Ubezpieczeniowy potwierdzający objęcie ochroną w ww. zakresie sumą gwarancyjną 10.000.000,00 zł na dzień 21 marca 2013 r. Odwołującego, określając go dokładnie i nie wskazując, iż suma gwarancyjna ubezpieczenia na dzień składania oferty przez Odwołującego była liczona proporcjonalnie do ilości ubezpieczonych czy też w jakimkolwiek innym zakresie czy części ograniczona. Wystawiony Certyfikat Ubezpieczeniowy w sposób jednoznaczny wskazuje, że w dacie jego wystawienia z uwzględnieniem okresu obowiązywania polisy, Odwołujący korzystał ochrony ubezpieczeniowej do kwoty 10.000.000,00 zł.

Zamawiający niezasadnie uznał, że przedłożony Certyfikat Ubezpieczeniowy potwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową Odwołującego w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej lub używania mienia na dzień 21 marca 2013 r. z sumą gwarancyjną 10.000.000,00 zł nie stanowi spełnienia wymogu określonego w pkt 6.2.5. SIWZ tj. udzielenie ochrony wykonawcy sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 2 mln zł.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie godził. Z posiadanych przez Zamawiającego w dacie badania i oceny ofert dokumentów dotyczących spełnienia sytuacji ekonomicznej przez Odwołującego wprost wynika, że przed upływem terminu do składania ofert Odwołujący objęty był ochroną ubezpieczeniową z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na jedno i wszystkie ryzyka w kwocie 10.000.000,00 zł. Ochronę ubezpieczeniową w tym zakresie w tej dacie potwierdził Ubezpieczyciel Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwo Hydrotechniczne „Hydro-Eko”

sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, które zaoferowało wykonanie robót budowlanych za kwotę 2 570 700,00 zł, podczas gdy najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący. Odwołujący zaoferował wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 2 528 196,08 zł. Naruszenia przepisów ustawy Pzp dokonane przez Zamawiającego miały, w ocenie Odwołującego, istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu i dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak powyżej.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 18 kwietnia 2013 roku.

Dnia 19 kwietnia 2013 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 22 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie faksowej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwo Hydrotechnicznego „Hydro-Eko” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz, wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej (z oryginalnym podpisem) wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2013 roku (nadane w placówce publicznego operatora pocztowego listem poleconym 22 kwietnia 2013 roku).

W dniu 23 kwietnia 2013 roku Zamawiający złożył w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący postawił zarzuty dotyczące:

- 1) naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie go z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą;
- 2) naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zachowujący równego traktowania wykonawców, utrudniający uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający podnosił, co następuje.

Ad. 1)

Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej określonego przez Zamawiającego w SIWZ w sposób samodzielny.

Zamawiający, prowadząc postępowanie, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie usunęły wątpliwości, które powziął Zamawiający oraz nie wykazały, że Odwołujący spełnia warunek samodzielnie. Postanowienia SIWZ jednoznacznie stanowiły o ubezpieczeniu wykonawcy składającego ofertę, niewątpliwie więc Odwołujący zobowiązany był złożyć polisę dotyczącą samodzielnego ubezpieczenia na wskazaną kwotę i w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał spełnienia tego wymogu w ofercie i na wezwanie Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, Odwołującego należało wykluczyć z postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą.

Zapis w SIWZ Zamawiającego dla warunku „zdolność ekonomiczna” w zakresie indywidualnej polisy brzmi następująco:

”6.5. Wykonawcy samodzielnie ubiegający się o zamówienie muszą wykazać, że: 6.5.3 warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określone w pkt 6.2.5. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców - spełniają samodzielnie”.

W celu spełnienia warunku „zdolność ekonomiczna” Zamawiający wymagał więc, aby wykonawcy wykazali, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 2 mln zł, a warunek ten należało wykazać samodzielnie.

Zdaniem Zamawiającego należy zaznaczyć, że wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu ich oceny zostały określone w SIWZ w sposób zrozumiały i niebudzący wątpliwości, a Odwołujący w toku postępowania nie zgłaszał wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w przedmiotowym zakresie ani też nie kwestionował tych okoliczności w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosił, że Odwołujący w odwołaniu pominął zasadniczy powód, dla którego został wykluczony z postępowania. Otóż Odwołujący nie wykazał samodzielnego spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej, ponieważ przedstawioną polisą OC zostały objęte następujące podmioty nie biorące udziału w postępowaniu:

1. Pelplin Sp. w likwidacji z o.o.
2. Pensjonat Dychów Sp. z o.o.
3. Żuromin Sp. z o.o.
4. PGE ENERGIA ODNAWIALNA SA oddział Porąbka
5. PGE ENERGIA ODNAWIALNA SA oddział Solina

6. PGE ENERGIA ODNAWIALNA SA oddział Dychów
7. PGE ENERGIA ODNAWIALNA SA oddział Żarnowiec
8. PGE ENERGIA ODNAWIALNA SA Warszawa.

Należy zaznaczyć, że z pozyskanych przez Zamawiającego informacji ze stron Polskiej Grupy Energetycznej (źródło: Grupa Kapitałowa PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. Skonsolidowane sprawozdanie finansowe zgodne z MSSF za rok zakończony dnia 31 grudnia 2012 roku wynika, że wszystkie podmioty z polisy ubezpieczeniowej OC, należały w chwili zawierania polisy OC do Grupy Kapitałowej Polska Grupa Energetyczna SA.

Odwołujący nie występował w konsorcjum, złożył ofertę w sposób samodzielny, a ponadto nie powoływał się na zasoby ekonomiczne innych podmiotów. Oznacza to, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej powinien spełnić samodzielnie. Ze złożonej polisy ubezpieczeniowej nie wynikało w sposób jednoznaczny, że polisa jest indywidualną polisą Odwołującego. Odwołujący nie określił podstawy, na jakiej posługuje się ubezpieczeniem wspólnym z tym podmiotem. Niezwykle istotne jest, że zgodnie z SIWZ, wykonawcy powinni wykazać, że warunek określony w punkcie 6.2.5 SIWZ, spełniają samodzielnie. Zamawiający nie dopuszczał powoływania się na zasoby innych podmiotów w zakresie sytuacji ekonomicznej. Stanowiło to najważniejszą okoliczność powodującą, że Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał samodzielnego spełniania ww. warunku.

Zamawiający podkreśla również fakt, że zwracał się w tej sprawie do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienia co do treści przedłożonej polisy OC, jednak w odpowiedzi nie uzyskał żadnych wyjaśnień, poza dodatkowym dokumentem do tej samej polisy, potwierdzającym znane już Zamawiającemu fakty. Zwracając się do Odwołującego Zamawiający znał wysokość sumy gwarancyjnej wynikającej z umowy dla ubezpieczonych (dokument ten potwierdzał zawarcie polisy nr 908200174078 dla ośmiu ubezpieczonych łącznie, a więc tej samej, którą przedstawił Odwołujący wraz z ofertą). Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie udzielił wyjaśnień z należytą starannością, nie odpowiedział przede wszystkim na pytanie dotyczące wspólnej polisy dla ośmiu ubezpieczonych.

Wobec powyższego, Zamawiający nie miał obowiązku ponownie zwracać się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia.

Zamawiający podkreśla, że długo ważył zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie. Z ostrożności zasięgnął również opinii Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA, Oddział w Bydgoszczy. W związku z tą sprawą zwrócił się do przedstawiciela

ubezpieczyciela z zapytaniem, czy ubezpieczenie kilku podmiotów w jednej polisie poświadcza o takiej samej zdolności ekonomicznej każdego z ośmiu ubezpieczonych. Innymi słowy, Zamawiający zamierzał rozstrzygnąć, czy można stwierdzić bez wątpliwości, że występując samodzielnie przywołane podmioty uzyskałyby również polisę OC w zakresie prowadzonej działalności w wysokości 10 mln zł. Zamawiający otrzymał odpowiedź od TUiR Warta, że nie można wykluczyć, iż wspólne ubieganie się o polisę dało ubezpieczonym preferencyjne warunki, których mogłyby nie uzyskać, gdyby samodzielnie miały uzyskać taki dokument - tylko na podstawie własnych wyników finansowych.

Odwołujący w chwili zawierania umowy ubezpieczeniowej był spółką zależną Polskiej Grupy Energetycznej, tak samo jak pozostali ubezpieczeni. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że względu na istniejące zależności polisa przedstawiona przez Odwołującego nie jest potwierdzeniem indywidualnego spełniania warunku zdolność ekonomiczna w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. Odwołujący nie spełnia jej samodzielnie, tylko w grupie kapitałowej. Należy w tym miejscu podkreślić, że Odwołujący w ofercie wraz z załącznikami złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej. Zamawiający nie docieka jednak, czy w chwili obecnej Odwołujący należy nadal do tej samej grupy kapitałowej, ponieważ nie jest to przedmiotem odwołania.

Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, kierował się również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający wziął pod rozwagę następujące wyroki:

1) W tej sprawie wypowiedziała się KIO w orzeczeniu wydanym 28 czerwca 2012 r. KIO/UZP 1240/12: *„Zgodnie z przedstawionym w nim stanem faktycznym zamawiający żądał przedstawienia polisy OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 PLN. Jeden z wykonawców przedłożył dokument polisy potwierdzający ubezpieczenie OC na kwotę 3.000.000,00 PLN, wystawiony na niego i inny podmiot niebiorący udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, iż przedstawiony dokument nie potwierdza spełnienia wskazanych warunków wskazanych w SIWZ i wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił stanowisko brokera ubezpieczeniowego, który wskazał, że zakres ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność deliktową i kontraktową w zakresie prowadzonej działalności oraz każdy z ubezpieczonych podmiotów jest ubezpieczony do sumy gwarancyjnej, której nie rozdziela się na ubezpieczone podmioty. Zamawiający uznał, iż wspólna polisa nie jest dokumentem potwierdzającym posiadanie wymaganego ubezpieczenia i wykluczył wykonawcę z*

postępowania. (...) W przedmiocie polisy OC, Izba uznała, że (...) Zamawiający wymagał złożenia polisy potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (rozdział 11 pkt 3 ppkt 1 SIWZ), dopuszczając możliwość złożenia polisy wspólnej wyłącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przy składaniu ofert przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawcy mogą złożyć jedną wspólną polisę potwierdzającą, że wszyscy Wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN (słownie: dwa miliony złotych). Postanowienia SIWZ jednoznacznie stanowią o ubezpieczeniu wykonawcy składającego ofertę, niewątpliwie więc odwołujący zobowiązany był złożyć polisę dotyczącą samodzielnego ubezpieczenia na wskazaną kwotę i w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający nie wykazał spełnienia tego wymogu w ofercie i na wezwanie zamawiającego. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazując, że wspólna polisa z innym podmiotem, który nie jest uczestnikiem postępowania, ma inne znaczenie na gruncie ustawy i inne na gruncie ubezpieczeniowym. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polisa OC ma na celu potwierdzenie sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Wspólna polisa z innym podmiotem tego warunku nie potwierdza, gdyż nie dotyczy indywidualnej sytuacji wykonawcy. Przyjęte stanowisko oznacza, iż wykonawca nie może przedstawić wspólnej polisy OC z innym podmiotem niebiorącym udziału w postępowaniu"

2) KIO 1395/10, w którym Izba stwierdziła, że „Wprowadzenie przez ustawodawcę polisy ubezpieczenia oc jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej miało na celu potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej wykonawcy (...). Wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na etapie składania ofert w żadnej mierze nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia."

Ad. 2)

Zdaniem Zamawiającego, ten zarzut również jest nietrafny.

Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zachowując wymagane zasady i traktując wszystkich wykonawców w sposób równy. Świadczy o tym chociażby fakt, że wobec innego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „Alfa” Sp. z o.o., który również przedłożył polisę ubezpieczeniową wspólną z podmiotem nie biorącym udziału w

postępowaniu, Zamawiający zastosował dokładnie takie same konsekwencje, tj. uznał, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby Zamawiający prowadził postępowanie nie zachowując równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza przecież jednakowe ich traktowanie na każdym etapie postępowania, bez względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary dla wszystkich wykonawców i w taki właśnie sposób Zamawiający postąpił, nie widząc w przedmiotowym postępowaniu innej możliwości. Zdaniem Zamawiającego, przedstawienie przez Odwołującego polisy wspólnej z innymi podmiotami nie biorącymi udziału w postępowaniu oznacza nie spełnienie warunku określonego w SIWZ w punkcie 6.2.5, podczas gdy pozostali uczestnicy postępowania spełniają ten warunek, a to właśnie oznacza zachowanie zasady konkurencyjności. Tak więc, skoro postanowienia SIWZ wyraźnie wskazywały na spełnianie warunku określonego w pkt 6.2.5. SIWZ samodzielnie, to Zamawiający nie mógł dokonać odstępstwa na etapie oceny ofert, bo naruszyłby zasady konkurencyjności.

Wobec powyższego, w celu przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i związane z nią obowiązki nałożone przez ustawodawcę na Zamawiającego oraz w celu uczynienia zadość wskazanym powyżej przepisom ustawy Pzp, w tym obowiązek Zamawiającego dokonania rzetelnej oceny ofert Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a jego oferta - odrzucona, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Inne zachowanie Zamawiającego przeczyłoby przytoczonej powyżej zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie wszechstronnego badania złożonych ofert, tak aby wyjaśnić wszystkie wątpliwości i równo traktując wszystkich wykonawców egzekwować od nich dokładnie takie same obowiązki. Zaniechanie takiego działania prowadziłoby wprost do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie, odwołanie zasługuje na oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SIWZ pkt 6.2.5. w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej Zamawiający wymagał:

"6.2.5. sytuacji ekonomicznej, tzn. że posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę sumy gwarancyjnej nie mniejszą niż 2 mln zł."

Z kolei SIWZ w pkt 6.5.3. przewidywała:

"6.5. Wykonawcy samodzielnie ubiegający się o zamówienie muszą wykazać, że:

(...) 6.5.3 warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określone w pkt 6.2.5. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców – spełniają samodzielnie".

W pkt 7.3.6. SIWZ wskazano: *"Na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 6.2.5. „sytuacja ekonomiczna” – opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (przedstawioną w sposób umożliwiający ocenę spełnienia warunku)".*

Odwołujący wraz z ofertą na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej złożył polisę podstawową nr 908200174078 ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia wystawioną przez konsorcjum Ubezpieczycieli: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. i Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., na okres 01.01.2013 roku - 31.12.2013 roku, obejmującą jako Ubezpieczonych 9 podmiotów, w tym Odwołującego. W § 9 polisy "Suma gwarancyjna" ust. 1 wskazano: *"Suma gwarancyjna dla całego okresu odpowiedzialności objętego niniejszą umową wynosi 10.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia na jednego i wszystkich Ubezpieczonych łącznie".* W ust. 2 wprowadzone zostały określone podlimity sumy gwarancyjnej na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia na jednego i wszystkich Ubezpieczonych łącznie.

Pismem z 2 kwietnia 2013 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. Zamawiający w pkt 3 pisma wskazywał, że:

"Zamawiający w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 6.2.5. "sytuacja ekonomiczna" wymagał 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 (przedstawioną w sposób umożliwiającą ocenę spełnienia warunku).

3.1. W związku z tym, że polisa OC dotyczy ośmiu ubezpieczonych, prosimy o wyjaśnienie i wskazanie zapisów w umowie polisy potwierdzających, że suma gwarancyjna jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Zamawiający informuje, nie dopuszcza się łączenia polis. W związku z powyższym wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że nie zachodzi powyższa przesłanka.

3.2. Wykonawca załączył do oferty Polisę OC wystawioną przez towarzystwo ubezpieczeniowe WARTA, która nie jest podpisana przez Ubezpieczyciela i nie określa sumy gwarancyjnej dla Wykonawcy, a zatem nie potwierdza spełniania przez Wykonawcę wymaganych warunków.

3.3. Umowa dołączona do polisy, nie określa stron umowy, poprzez wpisanie wymagane prawem, osób upoważnionych do reprezentowania Stron. Ponadto umowa nie jest parafowana przez Strony umowy na każdej ze stron oraz brak jest podpisów Ubezpieczonych na umowie.

Mając na uwadze powyższe, wzywamy Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej sprawie.

W dalszej części pisma wskazywano:

"Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 05.04.2013 r. do godz. 10.00.

Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia do siedziby Zamawiającego żądanych dokumentów w wyżej zakreślonym terminie w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Przedkładane oświadczenia/dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Niezłożenie wyjaśnień we wskazanym powyżej terminie spowoduje wykluczenie Wykonawcy z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenie oferty."

Odwołujący pismem z 3 kwietnia 2013 roku w odniesieniu do pkt 3 pisma Zamawiającego informował:

"Dotyczy pkt 3.1. § 9 Suma gwarancji polisy załączonej do oferty pkt 1. Suma gwarancji dla całego okresu odpowiedzialności objętego umową wynosi 10.000.000 zł firmy na potwierdzenie czego załączamy zaświadczenie wystawione przez Konsorcjum Ubezpieczycieli o wysokości ubezpieczenia OC naszej formy polisą nr 908200174078 zgodnie z pkt 6.2.5. SIWZ".

Załączył certyfikat ubezpieczeniowy z 21 marca 2013 r. , który stwierdzał że Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., działając w imieniu konsorcjum Ubezpieczycieli Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. i Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. potwierdza, że Odwołujący objęty jest ochroną ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia polisa podstawowa nr 908211174078 zawarta na okres od 01.01.2013 r. - 31.12.2013 r. z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia 10.000 000 zł . Wskazano warunki ubezpieczenia: umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 28 grudnia 2012 r. - polisa podstawowa nr 908211174078. Stwierdzono także, iż: "Niniejszy certyfikat stanowi potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia o numerze przytoczonym powyżej i przywołuje podstawowe parametry tej umowy".

Zamawiający pismem z 16 kwietnia 2013 roku dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazując, co następuje.

"Wykonawcę Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., Dychów 6a, 66-626 Dychów wykluczono z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4), a jego oferta została odrzucona, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE

Z mocy art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) , dalej: Pzp, wykonawca jest obowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż spełnia on udziału w postępowaniu, co wyklucza możliwość domniemywania tych okoliczności. Przedkładając polisę OC należy wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w siwz.

Powyższe zgodne jest z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2 b PZp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, ale nie może polegać na zdolnościach ekonomicznych, a polisa służy właśnie potwierdzeniu spełnianiu przez wykonawcę warunku o charakterze ekonomicznym. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo złożyć dwie lub więcej polis ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności. Liczy się wówczas suma kwot gwarancyjnych wynikających ze złożonych polis. Jednakże warunkiem koniecznym jest samodzielne spełnianie tego warunku przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu.

Mając na uwadze takie właśnie intencje ustawodawcy, Zamawiający, dla spełnienia warunku „zdolność ekonomiczna” żądał od wykonawców wykazania tego warunku samodzielnie. Wymagania, o których mowa wyżej wynikają wprost z literalnego brzmienia SIWZ, tj.:

6.2.5. sytuacji ekonomicznej, tzn. że posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 2 mln zł.

6.5.3 warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określone w pkt 6.2.5. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców – spełniają samodzielnie

Wykonawca Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o. składając ofertę wraz z załącznikami przedstawił na potwierdzenie spełniania tego warunku polisę OC wystawioną na niego i siedem innych podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu.

W postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zamawiający jest uprawniony do żądania odpowiednich dokumentów w zakresie, w jakim dokonał ich opisu. Wykonawcom przysługują natomiast środki odwoławcze wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od wartości zamówienia. Żadne środki ochrony prawnej nie zostały przez Wykonawców wniesione w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiający wezwał w dniu 02.04.2013 r. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej sprawie, ponieważ powziął wątpliwość czy polisa OC przedłożona przez Wykonawcę w sposób wystarczający dokumentuje spełnianie przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Wykonawca złożył Certyfikat Ubezpieczeniowy TUIR WARTA SA, który stanowi potwierdzenie zawarcia polisy złożonej na etapie składania ofert, w którym ubezpieczyciel potwierdza ochronę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na warunkach polisy nr 908200174078 z 28 grudnia 2012 r na sumę 10 000 000 zł. Wykonawca nie odniósł się na piśmie do wątpliwości Zamawiającego,

nie przedstawił też innego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zgodnie z wymogami Zamawiającego (certyfikat jest dokumentem potwierdzającym zawarcie polisy nr 908200174078 dla ośmiu ubezpieczonych łącznie, a więc tej samej, którą przedstawił wykonawca na pierwszym etapie postępowania).

Zamawiający, w trakcie badania dokumentów złożonych wraz z ofertą wykonawcy (mając na uwadze również argumentację zawartą w wyroku KIO z dnia 28.06.2012 1240/12) uznał: „wspólna polisa z innym podmiotem, który nie jest uczestnikiem postępowania, ma inne znaczenie na gruncie ustawy i inne na gruncie ubezpieczeniowym”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polisa OC ma na celu potwierdzenie sytuacji ekonomicznej wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Wspólna polisa z innym podmiotem tego warunku nie potwierdza, gdyż nie dotyczy indywidualnej sytuacji wykonawcy. Przyjęte stanowisko oznacza, iż wykonawca nie może przedstawić wspólnej polisy OC z innym podmiotem niebiorącym udziału w postępowaniu.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe ich traktowanie na każdym etapie postępowania, bez względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary dla wszystkich wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, przedstawienie przez wykonawcę Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o polisy wspólnej z innymi podmiotami nie biorącymi udziału w postępowaniu oznacza nie spełnienie warunku określonego w siwz w punkcie 6.5.3, podczas gdy inni uczestnicy postępowania spełniają ten warunek. Należy również zaznaczyć, że Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określił wymagania w stosunku do warunku "zdolność ekonomiczna", a Wykonawca miał możliwość złożyć zapytanie w trakcie procedury przetargowej, a nawet wnieść odwołanie, co do tego warunku. Wykonawca w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawca Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o. nie zakwestionował w trakcie postępowania opisu warunku określonego w SIWZ, jak też nie zakwestionował później w trybie art. 181 ust. 1 ustawy czynności zamawiającego polegających na wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4, w związku z art. 25 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla Wykonawcy negatywne konsekwencje. Powyższe jest konsekwencją przerwania przez ustawodawcę ciężaru udowodnienia powyższych okoliczności na Wykonawcę. Ponadto, zgodnie z przyjętą w orzecznictwie zasadą, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ma jednokrotny charakter, Zamawiający nie żąda powtórnie złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę w przedmiotowej sprawie.

Wobec powyższego, w celu przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i związane z nią obowiązki nałożone przez ustawodawcę na Zamawiającego oraz w celu uczynienia zadość wskazanym powyżej przepisom ustawy Pzp, w tym obowiązek Zamawiającego dokonania rzetelnej oceny ofert Wykonawca Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4), a jego oferta – odrzucona, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

Inne zachowanie Zamawiającego przeczyłoby przytoczonej powyżej zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie wszechstronnego badania złożonych ofert, tak aby wyjaśnić wszystkie wątpliwości i równo traktując wszystkich wykonawców egzekwować od nich dokładnie takie same obowiązki. Zaniechanie takiego działania prowadziłoby wprost do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy".

Wobec czynności wykluczenia i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą zostało wniesione niniejsze odwołanie.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwo Hydrotechnicznego „Hydro-Eko” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 21, 85-085 Bydgoszcz. W uzasadnieniu stanowiska Izby wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z analizy powyższego przepisu wynika, że zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Izby we właściwej formie (tu: pisemnej) w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania). Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280), stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy Pzp jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia, o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Również nadanie przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest zrównane w skutkach z doręczeniem. W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi co do formy zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 kwietnia 2013 roku, a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp (termin upływał 22 kwietnia 2013 roku). Tym samym zgłoszone przystąpienie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwo Hydrotechniczne „Hydro-Eko” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie mogło zostać uznane za skuteczne i nie stał się on uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z uchybieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba zauważyła, że z treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego wynika, że podstawą tej czynności była okoliczność, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący przedstawił polisę wspólną obejmującą oprócz Odwołującego także inne podmioty nie biorące udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił także wyczerpujących wyjaśnień wątpliwości Zamawiającego zawartych w piśmie z 2 kwietnia 2013 roku, a certyfikat ubezpieczeniowy złożony wraz z wyjaśnieniami odnosił się do tej samej polisy, którą Zamawiający zakwestionował. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż zbiorowy charakter polisy dyskwalifikuje ją jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, co wynikać miało już z treści wymagań SIWZ. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść warunku w zakresie zdolności ekonomicznej - *"posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę sumy gwarancyjnej nie mniejszą niż 2 mln zł."* Polisa lub inny dokument miały za zadanie dokumentować spełnienie tego warunku w sposób czytelny dla Zamawiającego. Okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający, o konieczności wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w

zakresie zdolności ekonomicznej dotyczy sytuacji braku możliwości powołania się w tej mierze na zasoby podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Świadczy o tym jednoznacznie treść pkt 6.5. SIWZ:

"6.5. Wykonawcy samodzielnie ubiegający się o zamówienie muszą wykazać, że:

6.5.1. warunki, których niespełnienie stanowi podstawę wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, oraz 24 ust. 2 pkt 5 określone w pkt 6.1. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców – spełniają samodzielnie,

6.5.2. warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określone w pkt 6.2.1.-6.2.4. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców – spełniają samodzielnie lub polegając na zasobach innych podmiotów.

6.5.3 warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określone w pkt 6.2.5. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców – spełniają samodzielnie".

Powyższego postanowienia nie można zatem utożsamiać z koniecznością posiadania indywidualnej polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia OC tylko i wyłącznie na rzecz wykonawcy składającego ofertę, gdyż taki warunek, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie został w SIWZ jednoznacznie postawiony.

Izba nie zgadza się również z Zamawiającym, że sam grupowy (zbiorowy) charakter złożonej polisy wyłącza co do zasady możliwość posłużenia się nią jako prawidłowym dowodem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy spełniającym wymogi SIWZ. Taki dokument nie potwierdza bowiem indywidualnej sytuacji wykonawcy składającego ofertę. Zdaniem Izby dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu decydująca winna być treść przedkładanej polisy i warunków zawartej umowy ubezpieczenia, a nie wyłącznie jej charakter - indywidualny czy zbiorowy. Polisy zbiorowe są bowiem bardzo często spotykanym rozwiązaniem, szczególnie w przypadku spółek działających w ramach grup kapitałowych, gdzie zawierana jest umowa generalna, w ramach której ubezpieczony jest nie jeden podmiot indywidualnie, lecz grupa podmiotów. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej winna zatem powyższe realia rynkowe uwzględniać. Na dopuszczalność takiego rozwiązania wskazuje także orzecznictwo KIO (np. wyrok z 28 października 2011 r. sygn. akt KIO 2222/11, KIO 2223/11). Zamawiający, uzasadniając niedopuszczalność posłużenia się polisą grupową, wskazywał, że nie potwierdza ona samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu i że być może ubiegając się o polisę podmiot nie uzyskałby takich warunków samodzielnie. Izba zauważa, że choć istotnie celem żądania polisy lub innego dokumentu potwierdzających posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

na żadaną kwotę jest weryfikacja wiarygodności ekonomicznej wykonawcy składającego ofertę, to zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej weryfikacji tej podlega fakt posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na podaną w SIWZ sumę gwarancyjną i zapłaty składki, a nie warunki jego udzielenia (np. wysokość składki w zamian za wymaganą sumę ubezpieczenia). Niewątpliwie jednak niezależnie od charakteru polisy OC (zbiorowa, indywidualna) czy dokumentu przedstawionego na dowód posiadania ubezpieczenia OC (np. polisa, certyfikat) z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną – 2 000 000 zł. Polisa podstawowa nr 908200174078 - przedłożona przez Odwołującego jest polisą zbiorową, w ramach której jednym z Ubezpieczających i Ubezpieczonych jest Odwołujący. W § 9 "Suma gwarancyjna" ust. 1 wskazano: *"Suma gwarancyjna dla całego okresu odpowiedzialności objętego niniejszą umową wynosi 10.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia na jednego i wszystkich Ubezpieczonych łącznie"*. W ust. 2 wprowadzone zostały określone podlimity sumy gwarancyjnej na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia na jednego i wszystkich Ubezpieczonych łącznie. Dalsze postanowienia polisy nie pozwalają na ustalenie, w jaki sposób funkcjonować ma powyższe ubezpieczenie i jak rozumieć sformułowanie, że suma gwarancyjna dotyczy *"jednego i wszystkich ubezpieczonych łącznie"*. Nie pozwala zatem jednoznacznie ustalić sposobu objęcia ochroną ubezpieczeniową Odwołującego. Może bowiem oznaczać, iż podana suma gwarancyjna 10 000 000 zł stanowiąca maksymalny pułap odpowiedzialności Ubezpieczyciela dotyczy nie tylko każdego z Ubezpieczonych indywidualnie, ale i wszystkich łącznie (jest wspólna dla wszystkich Ubezpieczonych), na co zdaje się wskazywać literalna treść § 9 ust. 1 polisy. Tym samym wyczerpanie tej sumy wobec któregośkolwiek z Ubezpieczonych powodowałoby faktyczny brak ochrony u pozostałych Ubezpieczonych objętych polisą i konkurowanie przez wspólnie Ubezpieczonych w ramach zawartej umowy ubezpieczenia w odniesieniu do podanej sumy gwarancyjnej. Za niezgodne z istotą celu polisy jako potwierdzenia zdolności ekonomicznej wykonawcy byłoby natomiast przyjęcie, iż prawidłowym jest ubezpieczenie, w którym kilka czy kilkanaście podmiotów objętych jest jedną łączną sumą gwarancyjną spełniającą wymóg SIWZ, konkurując między sobą w zakresie ochrony ubezpieczeniowej, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby to wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na określoną przez Zamawiającego kwotę. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego w toku rozprawy, iż certyfikat ubezpieczeniowy przedłożony wraz z wyjaśnieniami jednoznacznie potwierdzał fakt indywidualnego ubezpieczenia na podaną w nim sumę gwarancyjną. Należy zauważyć, iż

certyfikat ubezpieczeniowy w ogóle nie odnosił się do tego, że polisa, na której się opierał i do której referował, ma charakter zbiorowy, tj. że objęte są nią jeszcze inne podmioty niż Odwołujący. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił też Zamawiającemu zasad funkcjonowania tej polisy, w tym kwestii objęcia Odwołującego ochroną ubezpieczeniową na wskazaną w polisie kwotę, przy uwzględnieniu zbiorowego charakteru polisy. Tymczasem Zamawiający powinien mieć pewność, że wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę, a okoliczność tę powinien wykazać Odwołujący zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko, iż dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym dokumenty, na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r., sygn. KIO/UZP 854/08). Izba stwierdza zatem, iż należy przyznać rację Zamawiającemu w tym zakresie, że Odwołujący nie potwierdził złożonymi przez siebie dokumentami i wyjaśnieniami samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu - tj. że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą kwotę, na co winien przedstawić jednoznaczny i czytelny dowód. Z przyczyn wskazanych powyżej dokumenty, które przedłożył, tego warunku nie spełniają. Nie dokonał także wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień, pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wezwanie zostało sformułowane w sposób, który pozwalał na ustalenie przedmiotu wątpliwości Zamawiającego i wyczerpujące się do nich odniesienie. Z tego względu zdaniem Izby brak jest obowiązku po stronie Zamawiającego ponawiania wezwania do wyjaśnień, gdy wykonawca nie reaguje w prawidłowy sposób na poprzednie wezwanie, poprzestając na wyjaśnieniach lakonicznych, które nie pozwalają na ustalenie, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu zostało wykazane. Konsekwencje takiego zaniechania obciążają profesjonalnego wykonawcę, który winien w tej mierze dochować niezbędnej staranności.

Izba zauważa jednak, że Zamawiający wobec Odwołującego, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie dokonał formalnej obligatoryjnej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz poprzestał na czynności wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co wynika z treści pisma z 2 kwietnia 2013 r. Wskazał tam rygor art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jednak równocześnie posługiwał się jako podstawą prawną dokonywanej przez siebie czynności art.

26 ust.4 ustawy Pzp, a i samo pismo nosiło tytuł "wezwanie do wyjaśnień". Wprawdzie w treści wykluczenia Zamawiający podał, że: *"Ponadto, zgodnie z przyjętą w orzecznictwie zasadą, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ma jednokrotny charakter, Zamawiający nie żąda powtórnie złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę w przedmiotowej sprawie"*, jednak pominął okoliczność, iż wezwanie, którego dokonał pismem z 2 kwietnia 2013 roku nie było wezwaniem w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, lecz ust. 4 tego przepisu. Stwierdzić należy, iż także treść wezwania wskazywała na to, że Zamawiający oczekiwał jedynie przedstawienia wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów, co pozwoliłoby dokonać mu ich oceny. Czynności przewidziane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp mają charakter odrębny i odrębne są też ich skutki. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *"Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert"*. Tym samym tylko zaistnienie przesłanek negatywnych przewidzianych tym przepisem zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi być jednoznaczne, wyczerpująco i jasno wskazywać zakres żądanych do uzupełnienia dokumentów. W wyroku KIO z 22 września 2011 r. sygn. akt KIO 1944/11 KIO stwierdziła: *„zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta"*. W innym wyroku KIO stwierdzono, że: *„(...) instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego. Czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu"* (wyrok KIO z 23 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1774/09). Równocześnie należy zauważyć, iż wezwanie do wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zastępuje wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia służyć mają bowiem wykładni wątpliwej dla Zamawiającego treści złożonego dokumentu. Jeżeli wynik wyjaśnień pozwoli na ustalenie, że złożone dokumenty nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia

warunku udziału w postępowaniu, Zamawiającego obciąża ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia takich dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Warto przytoczyć stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2602/10, KIO 2818/10: „(...) w ocenie Izby jeżeli Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wzywa do złożenia wyjaśnień złożonego wykazu robót na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp, choć powinien wezwać do uzupełnienia tego dokumentu, to taki błąd Zamawiającego nie może powodować dla Przystępującego niekorzystnych skutków w postaci zamknięcia drogi do uzupełnienia braków w złożonych dokumentach, natomiast mógłby uzasadniać dokonanie odrębnego wezwania, tym razem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp (...)” Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością obligatoryjną, bez której niedopuszczalnym jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, o ile nie zachodzą negatywne przesłanki przewidziane tym przepisem. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp również jest czynnością obligatoryjną, jednak sam brak wyjaśnień nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, o ile nie poprzedzi go procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak było to wskazane powyżej wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp istotnie ma charakter jednokrotny, jednak równocześnie wezwanie musi być jednoznaczne, jasno wskazywać przyczyny, dla których Zamawiający uznaje, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz precyzyjnie określać, jakiego typu informacji i jakich dokumentów Zamawiający oczekuje od wykonawcy w wyniku wezwania. Wezwanie do wyjaśnień z 2 kwietnia 2013 roku w żadnym razie tych wymogów nie spełnia. Tym samym już brak prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej powoduje konieczność uwzględnienia odwołania z przyczyn o charakterze formalnym. Zamawiający nie może bowiem zakładać, że wykonawca nie będzie w stanie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje inne przyczyny zaniechania zastosowania tej procedury, a tylko one zwalniają Zamawiającego z wykonania ustawowego obowiązku wezwania do uzupełnienia.

Niewątpliwym jest, że Zamawiający nie dokonał prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej określonego w pkt 6.2.5. SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które stanowi wymóg formalny prawidłowości późniejszej czynności wykluczenia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający winien zatem wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu, który jednoznacznie i bezspornie potwierdzałby, iż Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą

sumę gwarancyjną tj. nie mniejszą niż 2 mln zł, przy czym z dokumentu tego winno jasno wynikać, że suma gwarancyjna dotycząca ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przysługuje indywidualnie Odwołującemu. Posłużenie się ubezpieczeniem zbiorowym nie jest zatem wykluczone, o ile z przedłożonego dokumentu wynikać będzie bezspornie dla Zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem innych podmiotów pozostaje bez wpływu na możliwość korzystania przez Odwołującego z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej zgodnej z wymaganiem SIWZ, tj. że jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę zgodną z SIWZ i nie konkuruje on z podmiotami objętymi wspólnym ubezpieczeniem w zakresie tejże ochrony ubezpieczeniowej na wymaganą SIWZ kwotę.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: