

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2011 r. przez wykonawcę **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, ul. Bojanowska 2a, 09-200 Sierpc** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut "Pomnik - Centrum Zdrowia Dziecka", al. Dzieci Polskich 20, 04-730 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
1. Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. (pełnomocnik konsorcjum),
2. Zakład Usług Pralniczych Henryka Różalska, Katarzyna Karasiewicz Sp. j., adres dla pełnomocnika: ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, ul. Bojanowska 2a, 09-200 Sierpc** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, ul. Bojanowska 2a, 09-200 Sierpc** tytułem 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 **Warszawie – Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, Al. Dzieci Polskich 20; 04 - 740 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę prania bielizny Zamawiającego oraz odnajmowanej od Wykonawcy*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 100-164195.

Dnia 15 lipca 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., ul. Żółkiewskiego 20/26; 87-100 Toruń, Zakład Usług Pralniczych H. Różalska, K. Karasiewicz sp.j., ul. Lipowa 2; Mielenko, 70-032 Mielno (zwani dalej „Konsorcjum TZMO S.A.”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HOLLYWOOD” A. Konieczkowski, R. Konieczkowska sp.j., ul. Bojanowska 2; 09-200 Sierpc (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 25 lipca 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1-3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez uznanie oferty złożonej przez Konsorcjum TZMO S.A. za ważną w postępowaniu oraz jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez uznanie oferty Konsorcjum TZMO S.A. pomimo tego, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum TZMO S.A. mimo tego, że Konsorcjum TZMO S.A. nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

- 3) nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum TZMO S.A.,
- 4) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, z udziałem tylko tych wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny doznał uszczerbku, ponieważ Zamawiający dokonał sprzecznie z ustawą oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyboru oferty Konsorcjum TZMO S.A., które powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona. W wyniku zaniechania przez Zamawiającego wykonania ww. czynności oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum TZMO S.A. nie spełniło warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy załączyli do oferty 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 na sumę gwarancyjną min. 1 000 000 złotych. Wykonawca Konsorcjum TZMO S.A. załączył do swej oferty polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jednakże suma gwarancyjna w wysokości jednego miliona złotych, spośród klauzul związanych z przedmiotem zamówienia, dotyczy tylko klauzuli 5 i 8. Natomiast klauzula nr 16 „szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń”, która jest związana z przedmiotem zamówienia, posiada górny limit sumy ubezpieczenia wynoszący zaledwie 500 000 złotych.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego ubezpieczenie przedstawione przez Konsorcjum TZMO S.A. jest niepełne. Ryzyko przeniesienia chorób zakaźnych oraz zakażeń jest jednym z ważniejszych ryzyk występujących przy realizacji usług wchodzących w zakres przedmiotowego postępowania. Przedmiotem zamówienia, a tym samym przedmiotem prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej jest bowiem pranie, dezynfekcja, sterylizacja i obrót bielizną, w tym także skażoną, pochodzącą w dużej mierze z sal operacyjnych, czy od pacjentów z chorobami zakaźnymi. Posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia ryzyka przeniesienia chorób zakaźnych oraz zakażeń, na wartość wymaganą przez Zamawiającego jest najważniejsze ze wszystkich ryzyk związanych ze świadczeniem usług pralniczych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 25 lipca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 25 lipca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 27 lipca 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca - Konsorcjum TZMO S.A.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 1 000 000 zł. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty 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 na sumę gwarancyjną min. 1 000 000 zł.

Przystępujący do oferty załączył opłaconą polisę o Nr 908200084692 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A. na łączną sumę 1 000 000 zł, w której ustanowiono szereg podlimitów w poszczególnych klauzulach.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego stawiane Zamawiającemu są bezzasadne.

Izba zwraca uwagę, iż wykonawca zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu spełniania

warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy za pomocą dokumentów. Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę dokonywane jest w oparciu o dokumenty, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w zależności od trybu udzielanego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy). Zakres dokumentów, jakich Zamawiający może żądać określa rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem. Powyższa zasada nie ma zastosowania do sytuacji, w której wykonawca zobowiązany jest udowodnić dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy) oraz zamówień sektorowych, w stosunku do których ustawodawca dopuścił możliwość żądania również innych dokumentów niż określone rozporządzeniem (art. 138c ust. 1 pkt 2).

Weryfikacja spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) dokonywana jest w oparciu o: sprawozdanie finansowe lub inne dokumenty finansowe, informację z banku o wysokości środków lub zdolności kredytowej, opłaconą polisę (§ 1 ust. 1 pkt 8-10 rozp.).

W ocenie Izby Przystępujący prawidłowo odpowiedział na żądanie Zamawiającego przedstawiając polisę OC na sumę ubezpieczenia 1 mln zł.

Tym samym stwierdzić należy, że Przystępujący jest ubezpieczony na kwotę 1 mln zł.

Twierdzenia Odwołującego odnoszące się do klauzuli Nr 16 wskazujące na brak ubezpieczenia przedmiotu zamówienia na wymaganą kwotę są niezasadne o tyle, że celem składanego dokumentu jest potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie przyszłe zabezpieczenie Zamawiającego w zakresie ewentualnego postępowania odszkodowawczego. Cel powyższy może być spełniony dopiero na etapie realizacji umowy, co znalazło swoje odzwierciedlenie w § 11 ust. 1 wzoru umowy.

W szczególności Izba zwraca uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza ona 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. Zaznaczyć należy, iż polisa OC,

którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie. Tak więc, nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia, bowiem takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.

Oczekiwanie Odwołującego, że polisa OC składana, jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu powinna obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym wszystkie klauzule powinny być w wysokości kwoty postawionej w warunku udziału w postępowaniu) wynika z braku rozróżnienia przez Odwołującego pomiędzy okolicznościami mającymi potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a obowiązkami wynikającymi z umowy na realizację przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, iż powyższe stanowisko zostało już ugruntowane w dotychczasowej linii orzeczniczej (vide: wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1511/10, z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2512/10, z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 467/11, z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11, z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt KIO 966/11, KIO 973/11).

Izba zwróciła również uwagę na okoliczność, iż ubezpieczenie, zgodnie z treścią postawionego warunku ma obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność gospodarcza prowadzona przez wykonawców ma być związana, nie zaś, jak chce tego Odwołujący, tożsama, identyczna z przedmiotem zamówienia. W powyższym zakresie należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności gospodarczej objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi.

Jak słusznie wskazywał Zamawiający termin „związana” jest pojęciem nieostrym, wynikającym jednakże z treści przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, dlatego też jego zawężanie przez Odwołującego stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu (vide: wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1205/11, z dnia 11 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 200/11).

Z powyższych względów Izba uznała, że przedłożona przez Przystępującego polisa OC potwierdza spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego i z tego względu Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: