

**WYROK**

**z dnia 16 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2012 r.

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **odwołującego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu** kwotę **3723 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. św. Barbary w Sosnowcu – moduły łóżkowe* (oznaczenie sprawy 40/PNE/DOT/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 6 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S\_68-111584, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.wss5.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 29.268292,68 zł, co stanowi równowartość 7.281.394,34 euro.

23 lipca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał Odwołującemu – Przedsiębiorstwu Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o.o. z siedzibą w Katowice – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” S.A. z siedzibą w Krakowie.

1 sierpnia 2012 r. (pismem z 31 lipca 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez naruszenie przy ocenie złożonych ofert zasad: zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie spełnienia warunku określonego w pkt 6.4.3 SIWZ, tj. niezłączenia 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. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełni powyższy warunek, jeśli wykonawca udokumentuje wysokość 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 poziomie co najmniej 30 000 000,00 PLN.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” S.A. z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący nadto sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

Na wstępie Odwołujący przypomniał, że poprzednio 31 maja 2012 r. został zawiadomiony przez Zamawiającego o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez PBP „CHEMOBUDOWA- KRAKÓW” S.A. z siedzibą w Krakowie. Odwołujący zakwestionował wówczas czynność Zamawiającego, gdyż wybrany wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału postępowania z pkt 6.4.3 s.i.w.z. (przytoczonego już powyżej), dołączył do oferty dwa dokumenty:

- Polisę serii OC-C numer 014501 z dnia 09.02.2012, wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, w której suma gwarancyjna / limit sumy gwarancyjnej na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia wynosi maksymalnie 15.000.000 zł – która zdaniem Odwołującego nie spełnia powyższego warunku udziału w postępowaniu.
- Polisę wystawioną przez ubezpieczyciela Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft na rzecz ubezpieczonego: PBP CHEMOBUDOWA Oddział Frankfurt nad Menem – która zdaniem Odwołującego również nie spełnia tego warunku. Zgodnie z treścią dołączonego do oferty dokumentu polisy AS-9200317383 zawarte jest ubezpieczenie zakładowe od odpowiedzialności cywilnej dla ustawowej OC dla zakładu: montaż żelbetów, roboty murarskie, montaż instalacji ogrzewania i kotłów. Zgodnie z dalszymi zapisami – podstawą ubezpieczenia są Ogólne Warunki Ubezpieczenia dla polisy OC (AHB) oraz szczegółowe warunki kontraktu.

Odwołujący przypomniał także, że we wniesionym poprzednio 8 czerwca 2012 r. odwołaniu podniósł również, że według niemieckich przepisów oddział przedsiębiorstwa jest

jednostką wyodrębnioną organizacyjnie i przestrzennie z zakładu głównego, prowadzi samodzielnie działalność gospodarczą, posiada oddzielną rachunkowość i wydzielony majątek. oraz podlega wpisowi do rejestru handlowego. Tym samym dołączona do oferty polisa wystawiona na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nie spełnia określonego w pkt 6.4.3 SIWZ, ponieważ beneficjentem ubezpieczonym z tej polisy jest tylko i wyłącznie zakład (oddział) w Niemczech, a nie wybrany wykonawca. Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu, gdyż uznał, że wszystkie wątpliwości wskazane przez Odwołującego wymagają zweryfikowania i w tym celu koniecznym jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W zawiadomieniu z 23 lipca 2012 r. wskazano m.in., że *w toku powtórnego badania i oceny ofert, Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. oraz złożonemu tłumaczeniu przysięgłemu z języka niemieckiego dokumentu pn. „Potwierdzenie ubezpieczenia” i przyjął za udowodnione, iż:*

- 1. PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w ramach PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem prowadzi działalność gospodarczą przedmiotem, której są roboty budowlane takie jak: roboty żelbetowe, roboty murarskie, montaż instalacji ogrzewania i kotłów,*
- 2. PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A., a co za tym idzie, objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej działalności gospodarczej prowadzonej w ramach oddziału zagranicznego stanowi w istocie ubezpieczenie wyodrębnionej działalności gospodarczej wykonawcy,*
- 3. Prowadzona przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w ramach zagranicznego oddziału, działalność gospodarcza, jest związana z przedmiotem zamówienia (podkreślenia wymaga, iż ta przesłanka nie była kwestionowana w odwołaniu),*
- 4. Polisa jest opłacona.*

Zdaniem Odwołującego argumentacja Zamawiającego jest chybiona z uwagi na pojęcie oddziału na gruncie przepisów prawa niemieckiego, jak i z powodu charakteru prawnego umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (dalej w skrócie „OC”).

Zgodnie z przepisami niemieckiego Kodeksu Handlowego – Oddział (Zweigniederlassung) jest jednostką wyodrębnioną przestrzennie i organizacyjnie z zakładu głównego, prowadzącą działalność samodzielnie, posiadającą oddzielną rachunkowość, której majątek jest wydzielony z majątku przedsiębiorstwa macierzystego. Niezależność

oddziału oznacza, że posiada on własne kierownictwo i lokal, ale także prowadzi swoją księgowość i dysponuje odrębnym majątkiem. Oddział ma też prawo zawierać własne umowy, ale to firma macierzysta odpowiada za zobowiązania. Oddział tylko wtedy może zostać zarejestrowany w niemieckim rejestrze handlowym, jeżeli jest jednostką oddzielną od spółki macierzystej. W imieniu oddziału można wnosić powództwo lub też inne osoby mogą wnosić powództwo przeciw oddziałowi. Osoba kierująca oddziałem samodzielnie reprezentuje go wobec osób trzecich. Samodzielny oddział jest traktowany jako zakład w rozumieniu polsko-niemieckiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Pomimo swojej odrębności w stosunku do jednostki macierzystej w Polsce, oddział nie jest z punktu widzenia prawa samodzielnym przedsiębiorstwem, co jednak, zdaniem Odwołującego, nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Umowę ubezpieczenia OC zawarł samodzielnie oddział na swoją rzecz, a nie na rzecz PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w Krakowie, czyli jedynym beneficjentem polisy jest PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem. Powyższe wynika wprost z literalnego brzmienia zapisu polisy: *Ubezpieczony – PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem*.

Według art. 822 § 1 kodeksu cywilnego ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający, tylko wówczas, gdy ubezpieczający jest jednocześnie ubezpieczonym. Wobec tego z treści przedłożonej polisy wynika, że ubezpieczyciel przejmuje na siebie finansowe skutki szkód wyrządzonych osobom trzecim przez PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem, a nie „Chemobudowa-Kraków” S.A. w Krakowie. Zdaniem Odwołującego należy tu powołać się *na argument „a minori ad maius”, który oznacza: „jeżeli nie wolno mniej, to tym bardziej nie wolno więcej”*. Skoro ubezpieczającym i jednocześnie ubezpieczonym z polisy jest wyłącznie PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem jako samodzielny oddział, to z całą pewnością polisa wystawiona przez ubezpieczyciela Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft nie dotyczy PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w Krakowie. Gdyby było inaczej, to PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w Krakowie przedłożyłaby w tym zakresie stosowny dokument wystawiony przez ubezpieczyciela, np. oświadczenie ubezpieczyciela potwierdzające rozszerzenie zakresu odpowiedzialności także na inny podmiot poza beneficjentem wskazanym *expressis verbis* w polisie. Stało się jednak wręcz przeciwnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca w swoim piśmie z dnia 4 lipca 2012 r. wniósł o to, aby polisę wystawioną tylko i wyłącznie na Oddział traktować jako dokument potwierdzający zdolności finansowe i ekonomiczne innego

podmiotu, na którym wykonawca będzie polegać przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem na podstawie art. 26 ust. 2b pzp. Ponadto Zamawiający wezwał pismem z dnia 28 czerwca 2012 r. PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w Krakowie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp do udzielenia wyjaśnienia treści oferty w zakresie zagadnień dotyczących załączonej do oferty polisy wystawionej przez ubezpieczyciela Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft na rzecz ubezpieczonego PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem tj.:

- informacji na temat zakresu ubezpieczenia OC jakie obejmuje polisa (zakres, klauzule, itp.),
- czy polisa dotyczy również Firmy PBP Chemobudowa-Kraków S.A.,
- czy z polisy możliwe jest pokrycie roszczeń przy wyrządzeniu szkody przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A.

Wezwany wykonawca w piśmie z 4 lipca 2012 r. wskazał jedynie, że przedstawione potwierdzenie ubezpieczenia OC wystawione przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft dotyczy PBP Chemobudowa-Kraków S.A. i stanowi dokument potwierdzający posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia albowiem zagraniczny oddział wykonawcy jest częścią przedsiębiorstwa wykonawcy, a nie odrębnym od niego podmiotem praw i obowiązków. Wykonawca w ogóle nie odpowiedział na temat zakresu ubezpieczenia OC jakie obejmuje polisa (zakres, klauzule itp.). Na pytanie dotyczące możliwości pokrycia z polisy roszczeń przy wyrządzeniu szkody przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. – wykonawca zdawkowo odpowiedział, że na warunkach określonych umową ubezpieczenia OC z Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft możliwe jest pokrycie roszczeń przy wyrządzeniu szkody przez Wykonawcę, aczkolwiek okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia dla niniejszego postępowania, ponieważ zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, składana przez Wykonawcę polisa ma jedynie na celu wykazać spełnienie ekonomicznego i finansowego warunku udziału w postępowaniu, a nie służyć zabezpieczeniu realizacji zamówienia. PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. nie poparła tego twierdzenia żadnym dokumentem.

Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków podmiotowych wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, nie zaś w odniesieniu np. do jego jednostki organizacyjnej. Ponieważ zaś warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu dotyczyć mogą wyłącznie wykonawcy, jego też dotyczyć powinny dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ocena, czy wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie

z warunkami określonymi przez Zamawiającego, nie może polegać tylko na stwierdzeniu, czy z treści polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej wynika wymagana przez zamawiającego suma gwarancyjna. Polisa może być *pusta* lub rzeczywista suma gwarancyjna może być mniejsza niż określona przez zamawiającego (np. suma gwarancyjna uległa zmniejszeniu o wysokość wypłaconego odszkodowania albo została całkowicie wyczerpana). Wybrany wykonawca jest bezspornie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednakże nie jest ubezpieczony na żadaną przez Zamawiającego kwotę. Z kolei w polisie dotyczącej oddziału spółki w Niemczech jest wyłącznie mowa o ubezpieczeniu konkretnego oddziału wykonawcy, a nie wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że zarówno w pierwszym odwołaniu, jak i obecnym pozostaje w przekonaniu, że wybrany wykonawca *nie posiada żądanej przez Zamawiającego polisy, w której będzie jednoznacznie wskazana kwota w wysokości co najmniej 30 000 000,00 PLN.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasady równego traktowania uczestników postępowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego powinni być traktowani na równych prawach przez Zamawiającego w toku całego postępowania. W szczególności istotne to jest w trakcie merytorycznej oceny treści złożonych ofert. Wybiórcze stawianie wymagań jedynie w stosunku do niektórych oferentów, a poniechanie tego w stosunku do innych jest nierównym traktowaniem oferentów i stanowi rażące naruszenie zasady równości.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

31 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. 2 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” S.A. z siedzibą w Krakowie.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania



(przystępującego).

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący odniósł się między innymi w następujący sposób do zarzutów odwołania:

*Przedstawione potwierdzenie ubezpieczenia OC wystawione przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft dotyczy Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” SA i stanowi dokument potwierdzający posiadanie przez przystępującego do odwołania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia albowiem zagraniczny oddział przystępującego do odwołania jest częścią przedsiębiorstwa przystępującego do odwołania a nie odrębnym od niego podmiotem praw i obowiązków.*

*Istotnym dla rozstrzygnięcia wątpliwości jest ustalenie statusu prawnego oddziału zagranicznego spółki kapitałowej, w szczególności w zakresie posiadania zdolności do zaciągania zobowiązań cywilnoprawnych. W myśl art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (j. t. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.) pod pojęciem oddziału należy rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. W literaturze zgodnie przyjmuje się, że przez oddział należy rozumieć wyodrębnioną oraz mającą znaczny zakres samodzielności wewnętrzną jednostkę organizacyjną jakiejś organizacyjnie całkowicie samodzielnej struktury organizacyjnoprawnej, mającej zazwyczaj własną podmiotowość prawną (Kodeks spółek handlowych, t. III, wyd. C. H. Beck, 2005 r.). Natomiast w powszechnym odbiorze oddziały spółki z ograniczoną odpowiedzialnością funkcjonują jako samodzielne podmioty, tym niemniej nie można zapomnieć o tym, że poza organizacyjnym wyodrębnieniem, nie stanowią one innego od spółki podmiotu prawa. Samodzielność i wydzielenie struktur finansowych, osobowych, organizacyjnych oddziału spółki nie daje podstaw do przyjęcia, iż oddział taki może posiadać odrębną od spółki formę prawną. Pomimo, iż oddział spółki nie posiada samodzielnej osobowości prawnej, nie oznacza to również, że może być on uznany jako odrębna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Oddział spółki cały czas pozostaje bowiem częścią danego przedsiębiorstwa, które posiada osobowość prawną. Konkludując, należy stwierdzić, iż przez oddział rozumie się wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej wykonywaną przez przedsiębiorcę poza głównym miejscem wykonywania działalności (zakład główny) – (vide: A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2008, Tom I, str. 599).*

*Również na gruncie niemieckiego kodeksu handlowego (Handelsgesetzbuch),*

*oddziałem przedsiębiorstwa (Zweigniederlassung) jest jednostka wyodrębniona przestrzennie i organizacyjnie z zakładu głównego, prowadząca działalność samodzielnie. Pomimo swojej odrębności w stosunku do jednostki macierzystej w Polsce oddział nie jest jednak z punktu widzenia prawa niemieckiego samodzielnym przedsiębiorstwem. (...) Niemiecki oddział przystępującego do odwołania nie posiada więc odrębnej podmiotowości prawnej, pomimo, iż pozostaje organizacyjnie, technicznie i finansowo wyodrębniony. Działalność oddziału przedsiębiorcy zawsze zasadza się bowiem na osobowości prawnej przedsiębiorcy. Mając na względzie powyższe, oddział nie mając własnej zdolności prawnej, nie może być traktowany jako samodzielny przedsiębiorca, a tym samym wszelkie umowy, w tym również zawarta umowa ubezpieczenia, potwierdzona polisa wystawiona na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem obejmuje w istocie przedsiębiorstwo przystępującego do odwołania. Tym samym, całkowicie bezzasadny jest zarzut odwołującego się, jakoby przystępujący do odwołania nie był ubezpieczony na żadaną przez zamawiającego kwotę.*

*Odwołujący się nie ma również racji twierdząc, że oddział ma prawo zawierać własne umowy, a firma macierzysta odpowiada jedynie za jego zobowiązania. Odwołujący się próbuje w ten sposób stworzyć konstrukcję nieznaną żadnemu europejskiemu systemowi prawnemu wg której oddział miałby być jednocześnie samodzielnym podmiotem praw (może zawierać umowy) nie będąc zarazem podmiotem obowiązków (firma macierzysta odpowiada za zobowiązania), a równocześnie nie będąc samodzielnym przedsiębiorstwem.*

*Odwołujący się zdaje się także nie zauważać, że wyodrębnienie majątkowe oddziału nie oznacza bynajmniej, że macierzysta jednostka przestaje być właścicielem majątku, tak samo jak wyodrębnienie organizacyjne oddziału nie oznacza powstania nowego podmiotu. Tym samym firma macierzysta ponosi odpowiedzialność za zobowiązania „zaciągnięte przez oddział” wyłącznie z tej przyczyny, że są to jej własne zobowiązania. Nie inaczej jest z umowami ubezpieczenia, na podstawie których zobowiązania umowne obciążają macierzystą jednostkę, jak również przysługują jej uprawnienia wynikające z umowy. W związku z powyższym nie jest możliwe zawarcie umowy przez oddział na podstawie której nie byłaby uprawniona i zobowiązana jednostka macierzysta. Nie ma natomiast żadnego znaczenia sposób oznaczenia osoby ubezpieczonego w dokumencie polisy albowiem decydujące znaczenie ma treść obowiązujących regulacji prawnych.*

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Z uwagi na zawarcie przez Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, który następnie został poparty przez Zamawiającego, Izba rozpatrzyła ten wniosek na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego, ostatecznie stwierdzając brak możliwości odrzucenia odwołania. W ocenie Przystępującego z uwagi na fakt wykonania przez Zamawiającego czynności żądanych przez odwołującego się w pierwotnym odwołaniu: unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia kwestii związanych z dołączonymi do oferty polisami w zakresie spełniania warunków postępowania, wezwania Przystępującego do przedłożenia odpowiednich dokumentów, a następnie dokonania ponownej oceny ofert – zaistniała przywołana przesłanka do odrzucenia odwołania. Izba zważyła przede wszystkim, że takie rozumowanie w sposób nieuprawniony ograniczałoby możliwość wniesienia odwołania na rezultat powtórnego badania i oceny ofert. Tymczasem wynik tych czynności, w szczególności uwzględniając dokonane w ich ramach wezwania i uzupełnienia, nie mógł w ogóle być objęty zarzutami poprzednio wniesionego odwołania. Poza tym w odwołaniu wniesionym 11 czerwca 2012 r. jednym z żądań Odwołującego wyrażonych *expressis verbis* było także zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec ustalenia, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, powołując się na argumentację, którą zawarł w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 lipca 2012 r.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, zawiadomieniu o wyborze oferty, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w chwili wnoszenia odwołania miał zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów przeciwko zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Jednocześnie naraża to Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, a także pism Zamawiającego i Przystępującego kierowanych w toku badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

W odwołaniu adekwatnie opisano lub wręcz przytoczono okoliczności faktyczne dotyczące warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.4.3 s.i.w.z., dokumentów załączonych przez Przystępującego do oferty na jego potwierdzenie oraz treści pisma Zamawiającego z 28 czerwca 2012 r. Pomijając elementy oceny złożonych wyjaśnień, odwołanie opisuje również część treści wyjaśnień Przystępującego zawartych w piśmie z 4 lipca 2012 r.

Przede wszystkim jednak wszystkie okoliczności faktyczne związane z przebiegiem badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego w toku dotychczasowego postępowania zostały bardzo szczegółowo zrelacjonowane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty z 23 lipca 2012 r. Oprócz okoliczności powtórzonych w odwołaniu, wspomniano tam również o następujących faktach.

W pierwotnie złożonym odwołaniu zarzucono, że w polisie dotyczącej oddziału w Niemczech *jest właśnie mowa o ubezpieczeniu konkretnego zakładu i najprawdopodobniej konkretnej umowy (kontraktu)*.

Zamawiający zrelacjonował w następujący dalszą treść wyjaśnień Przystępującego z 4 lipca 2012 r.:

*Wykonawca powołując się na definicję „oddziału” zawartą w art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm., dalej także „ustawa o swobodzie działalności gospodarczej”) oraz stanowisko*

*doktryny, argumentował, iż na gruncie prawa polskiego oddział, poza organizacyjnym wyodrębnieniem nie stanowi innego od spółki podmiotu prawa, oraz że „pomimo, że oddział spółki nie posiada samodzielnej osobowości prawnej, nie oznacza to również, że nie może być on uznany jako odrębna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Oddział spółki cały czas pozostaje bowiem częścią danego przedsiębiorstwa, które posiada osobowość prawną”. Podsumowując swój wywód, PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wskazała, iż „przez oddział rozumie się wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej wykonywaną przez przedsiębiorcę poza głównym miejsce wykonywania działalności (zakład główny) – (vide: A . Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2008, Tom I, str. 599).*

*Opisując status oddziału na gruncie prawa niemieckiego, PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wskazała, iż oddział przedsiębiorstwa jest jednostką wyodrębnioną przestrzennie i organizacyjnie z zakładu głównego oraz że prowadzi działalność samodzielnie. Wykonawca podkreślił, iż „pomimo swej odrębności w stosunku do jednostki macierzystej w Polsce oddział nie jest jednak z punktu widzenia prawa niemieckiego samodzielnym przedsiębiorstwem (tak m.in. Wydział Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady RP w Republice Federalnej Niemiec, Informacja dla obywateli polskich zamierzających prowadzić działalność gospodarczą i podjąć pracę na terenie RFN, <http://www.berlin.trade.gov.pl/download/file/f,480>; str. 27). Niemiecki oddział Wykonawcy nie posiada więc odrębnej podmiotowości prawnej, pomimo iż pozostaje organizacyjnie, technicznie i finansowo wyodrębniony. Działalność oddziału przedsiębiorcy zawsze zasadza się bowiem na osobowości prawnej przedsiębiorcy. Mając na względzie powyższe, oddział nie mając własnej zdolności prawnej, nie może być traktowany jako samodzielny przedsiębiorca, a tym samym, wszelkie umowy, w tym również zawarta umowa ubezpieczenia potwierdzona polisą wystawioną na PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem obejmuje w istocie przedsiębiorstwo przystępującego do odwołania. Tym samym całkowicie bezzasadny jest zarzut jakoby Wykonawca nie był ubezpieczony na żadaną przez Zamawiającego kwotę”.*

*Wykonawca w ramach wyjaśnień, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedłożył uwierzytelnione tłumaczenie z języka niemieckiego dokumentu pn. „Potwierdzenie ubezpieczenia” potwierdzenia ubezpieczenia wydanego przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft, gdyż stwierdził, że uprzednio złożone tłumaczenie mogło rodzić „wątpliwości interpretacyjne”.*

*Zgodnie z treścią dokumentu, ubezpieczonym jest PBP Chemobudowa Oddział we*

*Frankfurcie nad Menem. Ponadto w dokumencie tym potwierdzono, że „pod numerem polisy AS-920031783 zawarte jest ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności w zakresie ustawowej odpowiedzialności cywilnej dla przedsiębiorstwa: roboty żelbetowe, roboty murarskie, montaż instalacji ogrzewania i kotłów”.*

*Zdaniem PBP „Chemobudowa-Kraków” SA, z uwierzytelnionego tłumaczenia wynika jasno, że przedmiotowa umowa ubezpieczenia OC odnosi się do przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, a nie jedynie konkretnego zakładu, jak również, że ubezpieczenie nie odnosi się do konkretnej umowy.*

*(...)*

*W dalszej części wyjaśnień, PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wskazała, iż „jedynie z ostrożności, na wypadek uznania przez Zamawiającego, że pomimo przedłożenia dokumentacji i wyjaśnień, nie został spełniony przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. warunek posiadania odpowiedniego ubezpieczenia, Wykonawca wnioskuje, aby przedłożony dokument potwierdzenia ubezpieczenia traktować jako dokument potwierdzający zdolności finansowe i ekonomiczne innego podmiotu, na którym Wykonawca polega przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych”. W tym celu PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. przedłożyła pisemne zobowiązanie PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem do oddania jej do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.*

*Zamawiający wskazał odnośnie dalszego przebiegu zdarzeń w toku powtórnego badania i oceny ofert:*

*Pismem z dnia 5 lipca 2012r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. do uzupełnienia oferty w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada sytuację ekonomiczną i finansową zapewniającą prawidłowe wykonanie zamówienia. Powyższe wezwanie umożliwiło wykonawcy zgodnie z procedurą uzupełnienie dokumentów, które przedłożył już dobrowolnie wraz z pismem z dnia 4 lipca 2012r. W treści wezwania Zamawiający wyraził opinię, iż zarówno złożone przez wykonawcę w dniu 4 lipca 2012r. wyjaśnienia, jak i przedłożone wraz z nimi dokumenty, w żaden sposób nie potwierdzały spełnienia warunku posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający uznał, iż z przedłożonych dokumentów nie wynika, że polisa ubezpieczenia OC wystawiona przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft na rzecz PBP Chemobudowa Oddział Frankfurt nad Menem obejmuje także PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. Zdaniem Zamawiającego z*

*uwierzytelnionego tłumaczenia dokumentu potwierdzającego zawarcie polisy ubezpieczenia OC wynikało, iż ubezpieczonym jest oddział zagraniczny PBP „Chemobudow-Kraków” SA, co w opinii Zamawiającego nie było jednoznaczne z ubezpieczeniem wykonawcy. Tym samym, Zamawiający wezwał PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. do złożenia prawidłowego dokumentu 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.*

*W odpowiedzi na powyższe wezwanie PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. pismem z dnia 10 lipca 2012r. uzupełniła ofertę o pisemne zobowiązanie PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem do oddania PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w postaci polisy ubezpieczenia OC nr AS-9200317383 wystawionej przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft z dnia 9 stycznia 2012r. (dalej także „oświadczenie o udostępnieniu zasobu”). Oferta została uzupełniona również o „oświadczenie Wykonawcy wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 44 ustawy oraz o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania” złożone w imieniu PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem (dalej także „oświadczenie o spełnieniu warunków”) oraz o uwierzytelnione tłumaczenie przysięgłe potwierdzenia ubezpieczenia (złożone już uprzednio wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 lipca 2012r.). Zarówno oświadczenie o udostępnieniu zasobu jak i oświadczenie o spełnieniu warunków, zostały podpisane przez członka zarządu PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. – A..... J..... oraz przez prokurenta PBP „Chemobudowa-Kraków S.A. i zarazem dyrektora oddziału – A..... G..... S.....*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła, że choć Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, to w treści odwołania podniesiono wyłącznie okoliczności mające wskazywać na niewykazanie przez Przystępującego spełniania określonego w pkt 6.4.3 s.i.w.z. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Są to zatem okoliczności związane z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Błędne wskazanie przepisu dotyczącego treści

oferty zdarzyło się także Zamawiającemu, który błędnie wskazał art. 87 ust. 1 pzp jako podstawę wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów, choć powinien być to art. 26 ust. 4 pzp. W obu przypadkach istotne jest to, że z treści całości dokumentów można w jednoznaczny sposób stwierdzić, jakich przepisów w istocie dotyczą.

W dalszej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty w sposób wyczerpujący i prawidłowy przedstawił argumentację, która przywiodła go do uznania, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.4.3 s.i.w.z. Po pierwsze, wyraźnie oświadczył, że: *wątpliwości Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 5 lipca 2012r. stanowiącym wezwanie do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, okazały się nieuzasadnione, gdyż ostatecznie, w efekcie zweryfikowania złożonych przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wyjaśnień oraz nowego, uwierzytelnionego tłumaczenia uprzednio złożonego już dokumentu stanowiącego potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia OC, Zamawiający powziął przekonanie, iż PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 6.4 SIWZ. Z ostrożności należy wskazać, iż Zamawiający dokonał samokontroli, w efekcie której uznał, iż jego stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 5 lipca 2012r. nie znajduje uzasadnienia faktycznego ani prawnego, a w zaistniałych okolicznościach, wezwanie na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp winno sprowadzać się jedynie do żądania złożenia w przewidzianym do tego trybie uwierzytelnionego tłumaczenia z języka niemieckiego dokumentu pn. „Potwierdzenie ubezpieczenia”, które Wykonawca złożył samowolnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty z dnia 4 lipca 2012r. Zamawiający uznał także, że: oświadczenia złożone przez osoby reprezentujące PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. oświadczenie o udostępnieniu zasobu oraz oświadczenie o spełnieniu warunków, stanowią niejako powtórzenie tych wcześniej już złożonych. Zdaniem Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym nie jest możliwym zastosowanie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż oddział przedsiębiorstwa nie jest „innym podmiotem” (innym od wykonawcy podmiotem trzecim), a jest natomiast wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. Co za tym idzie, ewentualne spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez oddział, stanowić będzie de facto spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez samego wykonawcę, w tym wypadku przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował prawidłowość swoich wcześniejszych czynności, a także dokonał oceny uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów.*



Po drugie – Zamawiający dokonał prawidłowej oceny statusu prawnego Przystępującego: PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. jest spółką kapitałową, która prowadzi działalność gospodarczą zarówno na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i na terytorium-Republiki Federalnej Niemiec – za pośrednictwem swojego oddziału we Frankfurcie nad Menem. Zamawiający nie kwestionował stanowiska PBP „Chemobudowa-Kraków” SA, zgodnie z którym niemiecki oddział Wykonawcy stanowi część jego przedsiębiorstwa .... w ślad za wyjaśnieniami PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wskazać należy, iż zgodnie z art. 5 pkt 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, oddział przedsiębiorstwa stanowi wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Należy przyjąć, iż definicja ta ma charakter uniwersalny i dotyczy zarówno oddziałów polskich przedsiębiorstw jak i przedsiębiorstw zagranicznych (por. E. Wieczorek, Komentarz do art. 5 (w:) Ustawa o swobodzie działalności..., pod red. A. Powąłowskiego, s. 63). Brak jest bowiem przesłanek do różnicowania statusu oddziału krajowego i zagranicznego. Za słuszością powyższego stanowiska przemawia również fakt, iż zgodnie z art. 85 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, uprawnienie przedsiębiorcy zagranicznego do wykonywania działalności gospodarczej i tworzenia oddziału na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, opiera się na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej. Z wyjaśnień złożonych przez PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. wynika, iż również na gruncie prawa niemieckiego, oddział polskiego przedsiębiorstwa nie jest samodzielnym przedsiębiorstwem. Tym samym należy przyjąć, iż PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem stanowi wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. Co za tym idzie, oddział nie jest przedsiębiorcą – osobnym od zakładu macierzystego podmiotem. W tym miejscu wskazać należy, w ślad za wyrokiem z dnia 8 lutego 2006 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, sygn. akt II SA/Sz 984/05, iż brak osobowości prawnej oddziału spółki kapitałowej [wyrok zapadł w sprawie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jednakże można zastosować tu analogię] nie oznacza, że może być on uznany za odrębną jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Reasumując, podkreślenia wymaga, iż Zamawiający uznaje stanowisko PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. w świetle którego PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem jest częścią jego przedsiębiorstwa.

Po trzecie – Zamawiający wskazał nadto w jaki sposób dokonał oceny spełniania

warunku udziału w postępowaniu, w tym na jakiej podstawie uznał za udowodnione cztery okoliczności zacytowane później w odwołaniu: ...PBP „Chemobudowa-Kraków” S.A. złożyła dwa dokumenty na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Co do polisy serii OC-C nr 014501 z dnia 09.02.2012 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, w której suma gwarancyjna / limit sumy gwarancyjnej na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia wynoszą maksymalnie 15.000.000,00 złotych, nie była kwestionowana w odwołaniu przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego, jest to dokument potwierdzający częściowe spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z zarzutami odwołania, powtórnemu badaniu i ocenie należało poddać dokument ubezpieczenia wystawiony przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft. Istotnym jest, iż pierwotnie złożone tłumaczenie przedmiotowego dokumentu mogło wzbudzać pewne wątpliwości co do faktycznego spełnienia warunku udziału w postępowania. Z treści dokumentu (tłumaczenia) można było wnioskować, iż ubezpieczenie OC udzielone przez Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft dotyczy jedynie zakładu – PBP Chemobudowa Oddział we Frankfurcie nad Menem (zakład) i to w zakresie montażu żelbetonów, robót murarskich oraz montażu instalacji ogrzewania i kotłów, a także, że polisa została zawarta na potrzeby jakiegoś bliżej nieokreślonego kontraktu (realizowanej inwestycji), gdyż jedną z podstaw ubezpieczenia stanowiły „szczegółowe warunki kontraktu”. Co za tym idzie, istniała wątpliwość, czy ubezpieczenie obejmuje całe przedsiębiorstwo PBP „Chemobudowa-Kraków” SA, czy też wyłącznie oddział oraz czy jest ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, czy jedynie zostało zawarte na potrzeby zabezpieczenia określonego kontraktu.

W wyniku powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający prawidłowo ustalił, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości, że również umowa ubezpieczenia zawarta z niemieckim ubezpieczycielem obejmuje ubezpieczenie działalności prowadzonej przez oddział Przystępującego w Niemczech. Nie jest natomiast ubezpieczeniem zabezpieczającym odpowiedzialność związaną z realizacją konkretnej umowy realizowanej przez ten oddział. Pomimo obszerności argumentacji, którą Zamawiający dobrowolnie i z własnej inicjatywy zamieścił w zawiadomieniu o powtórnym wyborze oferty, Odwołujący ponownie zakwestionował możliwość wykazania przez Przystępującego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem

ubezpieczenia dotyczącego jego oddziału w Niemczech. Odwołujący jest niekonsekwentny w swoim stanowisku. Z jednej strony dostrzega różnicę pomiędzy ubezpieczeniem wykazywanym na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę wymaganego potencjału ekonomiczno-finansowego a ubezpieczeniem dotyczącym konkretnej umowy zawartej przez tego wykonawcę w ramach prowadzonej działalności, np. w wyniku udzielenia mu zamówienia publicznego. Z drugiej strony nie pozwala Przystępującemu na wykazanie posiadanego potencjału ekonomiczno-finansowego z uwzględnieniem zasobów oddziału przez który wykonuje działalność gospodarczą na terenie Niemiec. Uzupełniając wywody Zamawiającego odnośnie statusu niemieckiego oddziału, zauważyć należy przede wszystkim, że jest on, obok oddziału w Wielkiej Brytanii, wprost ujawniony w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako oddział Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do uznania zagranicznego oddziału tej osoby prawnej za odrębnego wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp. Wręcz przeciwnie, oddział ten, niezależnie od posiadanej samodzielności w prowadzeniu działalności na terenie Niemiec, działa w ramach osobowości prawnej jednej i tej samej spółki akcyjnej, której jest częścią (oddziałem). Sztuczność koncepcji Odwołującego uświadamiają również bezprzedmiotowe działania Przystępującego, który z *ostrożności* sporządził zobowiązanie oddziału do udostępnienia zasobów na rzecz spółki, działając rzekomo w oparciu o art. 26 ust. 2b pzp. Tymczasem zostało ono podpisane przez prokurenta samoistnego spółki uprawnionego, zgodnie z odpisem z KRS, do jej reprezentacji, a zatem również oddziału. Z wyjaśnień na rozprawie Przystępującego wynika, że jest to prokurent, który został ujawniony w odpowiednim rejestrze niemieckim jako uprawniony do reprezentacji oddziału. Odwołujący nie zaprzeczył tym twierdzeniom. Uwarunkowania prawne związane z prowadzeniem przez *polską* spółkę akcyjną działalności gospodarczej przez oddział na terenie Niemiec nie mogą również prowadzić do stwierdzenia, że w takim przypadku mamy do czynienia z *sui generis* bytem prawnym, który z punktu widzenia ustawy pzp nie jest ani częścią wykonawcy będącego osobą prawną, ani odrębnym wykonawcą. W ocenie Izby Przystępujący jest spółką, której potencjał przejawia się również przez fakt prowadzenia działalności przez oddziały zagraniczne. Brak zatem podstaw do tego, aby nie uwzględnić na potrzeby oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu – jako własnego potencjału Przystępującego – ubezpieczenia działalności prowadzonej przez jego oddział na terenie Niemiec. Prawdziwe i wystarczające jest zatem uzewnętrznione w zawiadomieniu o wyborze oferty ustalenie Zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej

działalności gospodarczej prowadzonej w ramach oddziału zagranicznego stanowi w istocie ubezpieczenie wyodrębnionej w postaci tego oddziału działalności gospodarczej tego wykonawcy. Natomiast bezprzedmiotowe jest dociekanie, czy ubezpieczenie to obejmuje wyrządzenie szkód na terenie Polski przez Przystępującego, gdyż wychodzi poza ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący, na bazie wcześniejszych wątpliwości Zamawiającego –z których ten się jednak później wycofał – usiłuje prowadzić ocenę skuteczności takiej ochrony ubezpieczeniowej jakby dotyczyła ona miała rzeczywistej możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że nawet jeżeli zakres zastosowania ochrony ubezpieczeniowej ogranicza się do działalności oddziału na terenie Niemiec, to nie ma to znaczenia na potrzeby oceny potencjału ekonomiczno-finansowego wykonawcy. O udzielenie zamówienia może się na przykład ubiegać konsorcjum wykonawców, spośród których tylko dla wykonawcy mającego siedzibę za granicą zostanie przedstawiony dokument ubezpieczenia prowadzonej przez niego tam działalności. Nie będzie to stało na przeszkodzie uznaniu, że całe konsorcjum ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego spełniło warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji czy zasady równego traktowania wykonawców. W szczególności zauważyć należy, że Odwołujący nie znajdował się w sytuacji analogicznej do Przystępującego w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.4.3 s.i.w.z.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami § 3 pkt 1 i 2 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów

**Sygn. akt KIO 1644/12**

dojazdu na posiedzenie Izby – na podstawie przedstawionych odpowiednio: faktury VAT i biletu kolejowego.

**Przewodniczący:** .....