

Sygn. akt: KIO 1900/11

WYROK

z dnia 16 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2011 r. przez wykonawcę **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-133 Warszawa, Al. Jana Pawła II 24** w postępowaniu prowadzonym przez **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/11 po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawcy **TU INTER Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 172** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-133 Warszawa, Al. Jana Pawła II 24 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-133 Warszawa, Al. Jana Pawła II 24** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Najwyższa Izba Kontroli, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi grupowego ubezpieczenia na życie i zdrowotnego pracowników NIK i członków ich rodzin”. Postępowanie podzielono na dwie części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2011 r., nr 2011/S 61-099210.

W dniu 24 sierpnia 2011 r. Zamawiający opublikował na swoich stronach internetowych informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w części I, w której za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Compensa” i w części II, w której za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Towarzystwo Ubezpieczeń INTER Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „INTER Polska”.

W dniu 2 września 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 2 września 2011 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego dotyczącej:

- 1) części I, tj. usługi grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Najwyższej Izby Kontroli i członków ich rodzin, polegającej na:
 - a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Compensa,
 - b) wyboru oferty wykonawcy Compensa przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej w części I,
- 2) części II, tj. usługi grupowego ubezpieczenia zdrowotnego pracowników Najwyższej Izby Kontroli i członków ich rodzin, polegającej na:
 - a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy INTER Polska,
 - b) wyboru oferty wykonawcy INTER Polska przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej w części II,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Compensa (w części I) oraz wykonawcy Inter Polska (w części II), podczas gdy są one niezgodne z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”,

- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawcy Compensa (w części I) oraz wykonawcy Inter Polska (w części II), jako ofert najkorzystniejszych, mimo iż oferty te winny być odrzucone, jako oczywiście niezgodne z SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców,
- 4) naruszenie innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Compensa (w części I) oraz oferty wykonawcy Inter Polska (w części II), jako ofert najkorzystniejszych,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zarówno w zakresie części I, jak i części II, oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Compensa (w części I) oraz oferty wykonawcy Inter Polska (w części II),
- 4) przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż w ofercie wykonawcy Compensa, jak i wykonawcy INTER Polska znajdują się postanowienia świadczące o niezgodności ofert tych wykonawców z treścią SIWZ. Wykonawcy ci załączyli do oferty Ogólne Warunki Ubezpieczenia, których zapisy są sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. tj. w szczególności:

I.odnośnie oferty wykonawcy Compensa:

- a) W Ogólnych Warunkach Grupowego Ubezpieczenia na Życie (kod warunków: BRP — 0309):
 - § 2 pkt 6 (Definicje pojęć) i pkt 13 (definicja nieszczęśliwego wypadku),
 - § 6 pkt 7, pkt 8,
 - § 7 pkt 1, pkt 4, pkt 5
 - § 12 pkt 3,
 - § 13 pkt 2,
 - § 14 (Ograniczenia i wyłączenia odpowiedzialności Towarzystwa) pkt 3 ust. 2; pkt 3 ust. 9,
 - § 18 (Wypowiedzenie umowy ubezpieczenia),
 - § 21 (Indywidualne kontynuowanie ubezpieczenia grupowego) pkt 2, pkt 8 ust. 1, pkt 16

- b) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Śmierci w Następstwie Nieszczęśliwego Wypadku (kod o.w.u.: BRP 0409):
 - § 2 (definicje pojęć),
 - § 4 pkt 3,
 - § 5 pkt 2 ust. 4,
- c) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Śmierci w Następstwie Wypadku Komunikacyjnego (kod o.w.u.: BRP 0509): definicja wypadku komunikacyjnego,
- d) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Śmierci w Następstwie Wypadku Przy Pracy (kod warunków: BRP - 0609): zakres odpowiedzialności za śmierć Osoby ubezpieczonej w następstwie nieszczęśliwego wypadku przy pracy do okresu 6 miesięcy od dnia zajścia wypadku przy pracy,
- e) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Śmierci w Następstwie Wypadku Komunikacyjnego Przy Pracy (kod warunków: BRP - 0709):
 - w § 2 pkt 6,
 - § 4,
- f) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Trwałego Uszczerbku Na Zdrowiu w Następstwie Nieszczęśliwego Wypadku (kod warunków: BRP — 0809):
 - definicja udaru mózgu,
 - definicja zawału serca,
 - § 4 ,
- g) W Ogólnych Warunkach dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Pobytu w Szpitalu w następstwie Nieszczęśliwego Wypadku lub choroby (kod warunków: BRP -1209):
 - § 4 pkt 4 ust. 3,
- h) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Całkowitej Niezdolności Do Pracy (kod warunków: BRP -1409):
 - § 4 pkt 2 ust. 1,
- i) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Poważnego Zachorowania (Wariant Standardowy i Wariant Plus) (kod warunków: BRP — 1509):
 - § 6 pkt 2 i 3,
- j) W Ogólnych Warunkach Dodatkowego Grupowego Ubezpieczenia Na Wypadek Operacji Chirurgicznej (kod warunków: BRP -1609, wraz z aneksem z dnia 27

czerwca 2011 r.):

- § 4 (Zakres Odpowiedzialności Towarzystwa),

II. odnośnie oferty wykonawcy INTER Polska:

a) W Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia Zdrowotnego INTER VISION BIZNES:

- § 5 ustęp 1 pkt a (Ograniczenia odpowiedzialności INTER POLSKA),
- § 7 ustęp 3,
- § 8 ustęp 1,
- § 10 (Zmiana warunków umowy ubezpieczenia) ustęp 2,
- § 12 ustęp 9,
- § 14 ustęp 1,
- § 18 ustęp 7 pkt a,

b) zakres świadczeń podany przez tego wykonawcę (strona 13 oferty) pozostaje w sprzeczności z postanowieniami punktu 9.4 i 9.5 załącznika nr 2 do SIWZ..

Resumując Odwołujący podniósł, iż oferty wykonawców: Compensa i INTER Polska są sprzeczne z postanowieniami SIWZ, z uwagi na niezgodne z SIWZ ograniczenie zakresu ryzyk, jak również ich nieporównywalność z innymi ofertami co powoduje, iż powinny one zostać odrzucone przez Zamawiającego stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 5 września 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 8 września 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Compensa przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 8 września 2011 r. (pismem z dnia 6 września 2011 r.) wykonawca INTER Polska przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu we wniesieniu niniejszego dowołania.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Odwołujący musi więc wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia, przy czym nie może to być interes hipotetyczny, odnoszący się do innego, przyszłego zamówienia, ale o to, konkretne, toczące się aktualnie postępowanie.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia ponieważ na skutek tego, że nie przedłużył terminu związania ofertą, nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Izba ustaliła bowiem, iż Zamawiający w SIWZ (rozdział VII „Termin związania ofertą”) wskazał, iż „Składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.”. Natomiast termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień „28.06.2011 r. o godz. 10:00” (druk ZP – PO – strona 5). Wobec powyższego termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 26 sierpnia 2011 r., a wadium w postaci gwarancji bankowej zostało zwrócone Odwołującemu (w aktach sprawy ujawniono pismo z dnia 24 sierpnia 2011 r., będące dyspozycją zwrotu Odwołującemu wadium, jak również okoliczność tę (zwrot wadium) Strony przyznały na rozprawie). Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazano wykonawcom, w tym także Odwołującemu, w dniu 24 sierpnia 2011 r., natomiast postępowanie odwoławcze zostało wszczęte (poprzez wniesienie odwołania) w dniu 2 września 2011 r. Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż w sposób dorozumiany, poprzez wniesienie odwołania, przedłużył terminu związania ofertą, takowe oświadczenie składając także do protokołu na rozprawie –

dodając, iż ustne oświadczenie złożone do protokołu rozprawy (w dniu 13 września 2011 r.) jest wystarczające dla przedłużenia terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp „wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, (...)”. Tym samym to wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o swoim dalszym udziale w postępowaniu. To bowiem wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą na co pozwalała mu dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym tracąc możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał bowiem istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniechania powstałego wyłącznie po stronie samego Odwołującego. Powołany wyżej przepis (art. 85 ust 2 ustawy Pzp) umożliwiał bowiem wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą, przy czym winno to nastąpić przed upływem terminu związania ofertą. Tak więc wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie tego konkretnego zamówienia. Skoro bowiem nie złożył on oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i tym samym nie wyraził - w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp - zgody na przedłużenie tego okresu podlega wykluczeniu z postępowania. Przepisy ustawy Pzp, poza faktycznym złożeniem stosownego oświadczenia, nie przewidują możliwości dopuszczenia innego sposobu przedłużenia terminu związania ofertą. Nie może być więc mowy o sposobie „dorozumiewania” złożenia oświadczenia. Oświadczenia takiego nie może zastąpić fakt wniesienia odwołania. Nie może nim być także, wobec upływu okresu związania ofertą w dniu 26 sierpnia 2011 r., oświadczenie złożone na rozprawie w dniu 13 września 2011 r., zwłaszcza, że okres związania ofertą musi być ciągły i nieprzerwany.

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki

poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A ponieważ art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: