

Sygn. akt: KIO 800/13

## WYROK

z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) W..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Żelazny 6” W..... K..... (pełnomocnik konsorcjum), (2) Adriana Aviation Sp. z o.o., (3) Aeroklub Jeleniogórski, adres dla pełnomocnika: Lotnisko Kobylnica, 62-006 Kobylnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, ul. Na Stoku 50, 80-958 Gdańsk**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Blue Star Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Aeroklub Gdański, adres dla pełnomocnika: ul. Grunwaldzka 62, 83-100 Pruszcz Gdański** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) W..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Żelazny 6” W..... K..... (pełnomocnik konsorcjum), (2) Adriana Aviation Sp. z o.o., (3) Aeroklub Jeleniogórski, adres dla pełnomocnika: Lotnisko Kobylnica, 62-006 Kobylnica** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) W..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Żelazny 6” W..... K..... (pełnomocnik**

**konsorcjum), (2) Adriana Aviation Sp. z o.o., (3) Aeroklub Jeleniogórski, adres dla pełnomocnika: Lotnisko Kobylnica, 62-006 Kobylnica 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, ul. Na Stoku 50, 80-958 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę polegającą na wyłożeniu z samolotów immunoprzyjęt - doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących w akcji wiosna i jesień 2013”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.02.2013 r. pod nr 2013/S 031-049001.

W dniu 29 marca 2012 r. Odwołujący: Konsorcjum: „Żelazny 6” W..... K..... z siedzibą 62- 006 Kobylnica - Lotnisko (Lider, pełnomocnik), Adriana Aviation Sp. z o.o. z siedzibą 86-253 Kijewo Królewskie, Kosowizna ul. Chelmińska 14 (Uczestnik), Aeroklub Jeleniogórski z siedzibą 58-500 Jelenia Góra, ul. Łomnicka-Lotnisko (Uczestnik) otrzymał od Zamawiającego pismo informujące o wyborze oferty Konsorcjum firm: Blue Star sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 62, Pruszcz Gdański oraz Aeroklub Gdański, ul. Powstańców Warszawy 36, Pruszcz Gdański, zwanego dalej Konsorcjum.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 8 kwietnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na w/w zadanie polegających na:

1) bezpodstawnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Blue Star sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 62, Pruszcz Gdański oraz Aeroklub Gdański, ul. Powstańców Warszawy 36, Pruszcz Gdański (Konsorcjum) pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

- zarzucając naruszenie art. 7, art 22 ust. 1 p. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

2) zaniechaniu przez Zamawiającego czynności, do dokonania której jest on zobowiązany przepisami Ustawy, a polegającej na wezwaniu Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia OC zgodnie z Warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust.1 p. 4, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na wezwaniu Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia OC określonego w SIWZ (Rozdział 3 ust. 1 p. 7);
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że po zapoznaniu się przez z dokumentami załączonymi do oferty konkurencyjnego Konsorcjum w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący uznał, iż Zamawiający naruszył zapisy SIWZ na niniejsze zadanie oraz przede wszystkim obowiązujące przepisy ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zaakceptował polisę ubezpieczeniową Aeroklubu Gdańskiego jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy dokument ten przedmiotowego warunku nie spełnia.

W pierwszej kolejności Odwołujący podał, że zakres żądania Zamawiającego dotyczący spełnienia warunku ubezpieczenia determinuje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), dalej rozporządzeniem, który wskazuje w § 1 ust. 1 pkt 10, że Zamawiający może żądać na okoliczność znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia 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.

Nadto zwrócił uwagę, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) - (Rozdz. II, pkt. 1.2.5) należało wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej finansowej, a Zamawiający postanowił, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Zauważył również, że zgodnie z ust. 1 pkt. 7 Rozdziału III na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca miał przedłożyć „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”.

Zdaniem Odwołującego polisa ubezpieczeniowa przedłożona przez Konsorcjum - Blue Star sp. z o.o. i Aeroklub Gdański nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o pozyskanie zamówienia nie złożył wymaganego dokumentu w tym zakresie.

Wskazał, że Wykonawca Blue Star sp. z o. o. wcale nie przedłożył dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie działalności, a polisa Aeroklubu Gdańskiego jest bardzo uboga, jeśli chodzi o zakres ubezpieczenia i nie potwierdza ubezpieczenia działalności gospodarczej dotyczącej przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że przedłożona polisa swoim zakresem nie obejmuje „szkód osobowych i rzeczowych wynikłych z wypadku statku powietrznego” (pkt. 4 polisy OC), które to szkody zawierają się, a w zasadzie prawie w całości wyczerpują, szkody mogące powstać przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, a sposób wykonania zamówienia polega przecież na wyrzuceniu szczepionki przeciwko wściekliźnie dla lisów ze znajdującego się w ruchu samolotu.

Według Odwołującego konkurent składając przedmiotową polisę nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w aspekcie wiarygodności ekonomicznej.

Podniósł, że polisa przedłożona przez Konsorcjum, która w ogóle może być brana pod uwagę przy ocenie, czyli polisa Aeroklubu Gdańskiego opłacona jest składką w kwocie 810 zł, która to kwota jest niewspółmiernie niska w stosunku do składki, którą musiałby opłacić ten wykonawca, gdyby zakresem jego ubezpieczenia miałyby być objęte szkody wynikłe z wypadku statku powietrznego i ewentualnie inne związane z przedmiotem zamówienia.

Dla porównania wskazał, że składka od polisy odpowiadającej zakresowi przedmiotu zamówienia, opłacona przez Odwołującego wynosi 47.742,00 zł z uwagi właśnie na zakres, który obejmuje.

W ocenie Odwołującego Wykonawca startujący w postępowaniu o zamówienie publiczne nie jest uprawniony do czynienia oszczędności na składce OC kosztem zakresu polisy, co może świadczyć o braku wiarygodności ekonomicznej tego wykonawcy.

Podkreślił przy tym, że w interesie Zamawiającego również ubezpieczyciel sprawdza wiarygodność wykonawcy w zakresie uczciwości gospodarczej oraz możliwości opłacenia

składek - podpisując umowę ubezpieczenia na wymaganych przez Zamawiającego warunkach.

Poza tym zaznaczył, że przedłożenie na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosownej polisy ubezpieczeniowej ma na celu wykazanie się przez wykonawcę określonym potencjałem ekonomiczno-finansowym, a zatem zdolnością do ubezpieczenia działalności odpowiadającej zakresowi przedmiotowi zamówienia.

Argumentował również, że polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi obejmować pełnego zakresu działalności uwidocznionej w KRS wykonawcy, musi potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Według Odwołującego obowiązek opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert i nie można przyjąć za „opłaconą” w rozumieniu przepisów Rozporządzenia polisy, której termin płatności przypada po terminie otwarcia ofert.

Zdaniem Odwołującego niezłączenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego ubezpieczenia OC, powoduje, że aktywuje się obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazane wyżej Konsorcjum wnosząc o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2013r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 kwietnia 2013r., Ogólne Warunki Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji Warty S.A., zwana dalej Wartą, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez stronę i uczestnika dokumentów oraz ich wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7, art. 22 ust.1 pkt 4, art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Przystępujący złożył ofertę z załączoną polisą OC niepotwierdzającą spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wobec tego czy Zamawiający był zobowiązany do wezwania Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy.

Według zapatrywania Izby załączona do oferty przez Przystępującego polisa nr 908200037456 ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wystawiona w dniu 19 marca 2013r. przez Wartę odpowiadała postawionemu przez Zamawiającego warunkowi określonymu w rozdziale 3 pkt 1.7 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani do 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.

Izba ustaliła, że powyższy warunek w całej rozciągłości odpowiadał treści § 1 ust.1 pkt 10 cyt. wyżej rozporządzenia.

Należy przy tym wskazać, że stosownie do § 1 ust.1 pkt 10 rozporządzenia w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów:

10) 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 pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że przedmiotowa polisa została opłacona, co potwierdza znajdujący się w ofercie dokument finansowy – przelew (vide strona 23 oferty).

Poza tym na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie, iż nie kwestionuje, że złożona przy ofercie polisa ze str. 23 została opłacona.

Kwestia zatem dokonania opłacenia przedmiotowej polisy w świetle powyższych okoliczności, czyni zarzut braku jej opłacenia za oczywście bezzasadny.

Idąc dalej, Izba uznała, że kluczowym dla oceny spełniania przez wykonawców powyższego warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie jest konieczność zbadania istnienia przesłanki posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Zdaniem Izby załączona do oferty polisa OC odnosi się do zakresu prowadzonej przez Przystępującego działalności.

W myśl postanowienia pkt.3 przedmiotowej polisy OC przedmiotem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna (deliktowa) za szkody osobowe i rzeczowe, którą w myśl przepisów prawa Ubezpieczający ponosi w związku z prowadzeniem ubezpieczonej działalności i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności, z wyłączeniem OC za produkt.

Przy czym należy wskazać, iż przepis § 1 ust.1 pkt 10 rozporządzenia nie określa zakresu prowadzonej działalności, ani nie wskazuje jakie jej elementy muszą być objęte ochroną ubezpieczeniową.

Wobec powyższego brzmienia § 1 ust.1 pkt 10 rozporządzenia Zamawiający nie miał podstawy prawnej do żądania od Przystępującego przedłożenia polisy obejmującej ubezpieczenie wszystkich aspektów jego działalności czy też takiej, która obejmuje wybrany jej aspekt związany z przedmiotem zamówienia dotyczący zabezpieczenia ryzyka związanego wykładaniem szczepionek z samolotów czy też ryzyka związanego z wypadkami statków lotniczych.

Kolejną przesłanką niezbędną przy ocenie przedmiotowego warunku podmiotowego jest ustalenie istnienia związku pomiędzy zakresem prowadzonej działalności a przedmiotem zamówienia.



Izba ustaliła, że taki związek, wprawdzie dosyć wąski, jednak istnieje i dotyczy działalności Zamawiającego wykonywanej w swojej siedzibie w zakresie postanowień dotyczących rozdziału I opis przedmiotu zamówienia pkt 1.7.6 lit.b, pkt 1.7.8 i pkt 1.7.11, zwany dalej opisem.

Powyższe czynności to: obsługa akcji w zakresie METEO i w zakresie operacyjnego ruchu lotniczego...( pkt 1.7.6 lit.b opisu), sporządzenie zbiorczej dokumentacji lotniczej z wykonania każdej akcji - wiosna, jesień (pkt 1.7.8 opisu), sporządzenie dokumentacji w postaci map topograficznych (pkt 1.7.8 opisu).

Izba ustaliła, że powyższe czynności będą wykonywane w siedzibie Aeroklubu Gdańskiego, a zgodnie z pkt 5 lit. a przedmiotowej polisy, z zastrzeżeniem wyłączeń zawartych w OWU OC oraz treści poszczególnych klauzul ochrona ubezpieczeniowa, bez konieczności włączania dodatkowych klauzul, obejmuje odpowiedzialność cywilną za szkody wyrządzone wskutek działania i awarii urządzeń i instalacji wodno – kanalizacyjnej oraz centralnego ogrzewania.

Nie ma zatem wątpliwości, że powyższe zdarzenia i wynikające z nich szkody mogłyby w sposób istotny wpłynąć na przebieg wykonania zamówienia w zakresie pkt 1.7.6 lit.b, pkt 1.7.8 i pkt 1.7.11 opisu.

Należy przy tym dodać, że cyt. wyżej przepis rozporządzenia nie wskazuje jaki zakres związania prowadzonej działalności powinien być przyporządkowany do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że nazbyt ogólne warunki SIWZ sporządzone przez Zamawiającego nie były przedmiotem zainteresowania wykonawców, kształtowanie ich treści na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty nie znajduje uzasadnienia, skoro SIWZ we właściwym terminie nie została zaskarżona.

W tym kontekście Izba nie mogła dojść do przekonania, że doszło do naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji, skoro wszyscy wykonawcy korzystali z takich samych postanowień SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że przedłożona polisa wyłączała między innymi odpowiedzialność cywilną związaną z posiadaniem, użytkowaniem lub prowadzeniem maszyn i urządzeń latających (vide: § 5 ust.1 pkt 3), należy stwierdzić, że wobec uznania przez Izbę istnienia w innym zakresie związku pomiędzy prowadzoną

działalnością Przystępującego a przedmiotem zamówienia okoliczność ta nie ma większego znaczenia dla oceny zastosowania w rozpoznawanej sprawie przepisu powołanego na wstępie § 1 ust.1 pkt 10 rozporządzenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Przystępujący legitymuje się polisą nr LOT/908200196812/KAT/12 zawierającą obowiązkowe ubezpieczenie lotnicze, zawierające OC użytkownika statku i OC pasażerów, co dodatkowo potwierdza jego wiarygodność finansową. Powyższe ustalenie jednak nie ma wpływu na ocenę przedmiotowej sprawy z przyczyn podanych w zdaniu poprzedzającym.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**