

Sygn. akt: KIO 380 /11

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 lutego 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji "Warta" S.A. (pełnomocnik), Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., adres pełnomocnika: 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8**

przy udziale **Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 15B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji "Warta" S.A. (pełnomocnik), Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., adres pełnomocnika: 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji "Warta" S.A. (pełnomocnik),**

**Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., adres pełnomocnika: 00-805
Warszawa, ul. Chmielna 85/87,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji "Warta" S.A. (pełnomocnik), Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., adres pełnomocnika: 00-805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** na rzecz **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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

Zamawiający - Polska Agencja Żeglugi Powietrznej w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa ubezpieczenia Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej. Przedmiot postępowania podzielony jest na 3 części

18 lutego 2011 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w I części złożonej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A. w Warszawie i Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 lutego 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp..

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia: art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art.91 ust.2 Pzp, gdyż zamawiający:

- 1) nie odrzucił oferty Generali, mimo, iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) uznał, że oferta spółki Generali jest najkorzystniejszą ofertą.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na uznaniu oferty Generali za najkorzystniejszą i nakazanie powtórzenia badania ofert, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Generali jako nie spełniającej warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznaniu za najkorzystniejszą oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia wskazują, że wartość każdej usługi ubezpieczenia lotniczego została określona na poziomie składki minimum 1.000.000 zł brutto. Wymagany przez zamawiającego poziom składki minimalnej odnosi się oddzielnie do ubezpieczenia statków powietrznych lub ubezpieczenia OC portów lotniczych lub też ubezpieczenia OC działalności lotniczej, co potwierdza wyjaśnienie treści specyfikacji z 2 lutego 2011r. Tymczasem Generali wskazało wartość składki ubezpieczenia będącej sumą składek z dwóch rodzajów usług określonych przez zamawiającego - usługi ubezpieczenia statku powietrznego (aerocasco) oraz oraz

usługi ubezpieczenia działalności OC operatora i przewoźnika lotniczego, co potwierdzają referencje wystawione przez Air Italy Polska Sp. z o. o. w Warszawie.

Odwołujący wywiódł, że wymagany relatywnie wysoki wymagany poziom składki z tytułu indywidualnej usługi ubezpieczenia lotniczego, winien zapewnić oczekiwane kompetencje oferentów w prowadzeniu profesjonalnie obsługi ubezpieczeń największych ryzyk lotniczych tj. przede wszystkim portów lotniczych, agencji ruchu lotniczego, dużych flot lotniczych. Z punktu widzenia Zamawiającego spełnienie kryterium poprzez kumulacje kilku mniejszych składek z różnych usług jest niezgodne z oczekiwaniami i postanowieniami specyfikacji. Odwołujący podniósł, że wskutek zaniechania odrzucenia oferty Generali zamawiający uznał ją za najkorzystniejszą podczas, gdy na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji, winien wybrać ofertę odwołującego.

Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie 28 lutego 2011 r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 grudnia 2010 r., pod numerem 2010/S 252-388282.

Opisując przedmiot zamówienia w Części I postępowania zamawiający ustalił, że obejmuje on:

1. ubezpieczenie odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia
2. ubezpieczenie samolotów własnych, w tym m.in.:
 - a) ubezpieczenie aerocasco;
 - b) ubezpieczenie OC użytkownika
3. ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu obsługi technicznej statków powietrznych;
4. ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu zapewniania służby ruchu lotniczego oraz innych służb żeglugi powietrznej.

Zamawiający w części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalił wymagania w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, oczekiwanej od wykonawców, w ten sposób, że

dla części I w pkt 1.2. wykonawca musi przedstawić, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Przez posiadanie niezbędnego doświadczenia rozumie się wykonanie, odpowiednio minimum: dla Części I: co najmniej 1 usługi o wartości składki ubezpieczenia min. 1.000. 000,00 zł brutto każda (słownie: jeden milion złotych), polegających na usłudze ubezpieczenia lotniczego (tj. statków powietrznych lub OC portów lotniczych lub OC działalności lotniczej).

Zamawiający wymagał złożenia zgodnie z wzorem ustalonym w załączniku nr 6a wykaz wykonywanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, z podaniem ich wartości, dat wykonania oraz odbiorców dla części zamówienia.

2 lutego 2011 roku (pismem znak AJZ-224-120-2010/278/BM/2011) zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 5 „Czy istnieje możliwość zrezygnowania z warunku dla Części 1, tj. wykonawca musi przedstawić ,iż w okresie ostatnich trzech lat wykonał co najmniej jedną usługę o wartości składki ubezpieczenia min. 1.000.000 zł polegających na usłudze ubezpieczenia lotniczego?”. Zamawiający pozostawił bez zmian dotychczasowe postanowienia specyfikacji.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz usług, w którym wykazał usługę ubezpieczenia lotniczego zrealizowaną na rzecz Air Italy Polska Sp. z o. o. o wartości składki ubezpieczenia 380.359,00 USD. Wartość składki nie jest okolicznością sporną między stronami.

W celu wykazania, że usługa została wykonana należycie przystępujący złożył oświadczenie Air Italy Polska Sp. z o. o., zgodnie z którym ubezpieczał statki powietrzne u przystępującego w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej użytkownika statków powietrznych oraz aerocasco bez podania wartości. Zgodnie z treścią oświadczenia usługa została wykonana należycie.

Izba dokonała ustaleń na podstawie oryginałów powołanych dokumentów i oświadczeń okazanych przez zamawiającego na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wstępnie wskazać należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odróżniają pojęcie oferty od oświadczeń i dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 44 Pzp wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Art. 20 ust. 1 Pzp odróżnia czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny ofert.

W razie ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zamawiający dokonuje czynności wykluczenia, co do zasady, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Natomiast skutkiem badania oferty jest odrzucenie oferty lub dopuszczenie jej do oceny merytorycznej na z zastosowaniem ustalonych przez zamawiającego kryteriów. Wobec braku zdefiniowania w przepisach ustawy Prawo zamówień pojęcia oferta zastosowanie znajdzie art. 66 § 1 k.c. za pośrednictwem art. 14 Pzp. Odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający dokonuje w razie ustalenia, że oferowane mu świadczenie nie odpowiada wymaganiom merytorycznym opisanym w specyfikacji.

Izba nie dopatrzyła się podstaw odstąpienia od merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, mimo, że odwołujący częściowo wadliwie podał podstawę prawną swego roszczenia. Błędne przywołanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi wady formalnej odwołania uniemożliwiającej jego rozpoznanie.

Rozpoznaniu zarzutu odwołania nie sprzeciwia się art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jego istotą jest wskazanie, że postępowanie przed Izbą ma charakter w całości kontradyktoryjny – Izba bada zarzuty odwołania wyłącznie w granicach zakreślonych w odwołaniu. Działanie Izby z urzędu jest w tej mierze wyłączone. Art. 192 ust. 7 Pzp ma również zapobiegać rozszerzaniu zakresu rozpoznania odwołania na etapie rozprawy.

Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał kwestionowaną czynność zamawiającego – wybór oferty przystępującego oraz powołał dla uzasadnienia swoich twierdzeń postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oświadczeń złożonych przez przystępującego wraz z ofertą. Uzasadnienie odwołania jest wystarczające dla ustalenia, że odwołujący zarzuca zamawiającemu, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału ustalonych w specyfikacji, a złożona przez niego oferta nie powinna podlegać ocenie..

W takiej sytuacji wskazanie na niezgodność oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji żądanie odrzucenia oferty zamiast wykluczenia przystępującego z postępowania, nie ma istotnego znaczenia.

Izba, jako organ stosujący prawo, zobowiązana jest do przyporządkowania wykazanych przez odwołującego okoliczności do właściwego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonania subsumpcji ustaleń faktycznych do adekwatnej normy prawnej.

Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba jest związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniem odwołania. Mając na uwadze stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego w razie potwierdzenia zarzutów - ustalenia naruszeń mających wpływ na wynik postępowania, Izba unieważnia czynność zamawiającego lub nakazuje zamawiającemu dokonanie lub powtórzenie czynności. Sentencja orzeczenia nie musi być zgodna z żądaniem odwołującego. Potwierdzenie zarzutów odwołania wskazuje na wadę tkwiącą w postępowaniu. Wada ta ma zostać usunięta wskutek wykonania orzeczenia Izby, tak aby postępowanie zamawiającego było wolne od wad, a zamówienie udzielone zostało wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp).

Skoro Izba wydając wyrok może zmodyfikować żądanie odwołania, to tym bardziej uprawnienie do zmiany żądania przysługuje odwołującemu się wykonawcy aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący jest gospodarzem własnego roszczenia.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty, jednak uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Wykładnia literalna warunku nr 2 jest niewątpliwa. Zamawiający wymagał wykazania jednej usługi ubezpieczenia lotniczego o wartości składki nie mniejszej, niż 1.000.000 zł. Uznał jednocześnie, że przedmiotem tej usługi mogą być usługi ubezpieczenia statków powietrznych, OC portów lotniczych, OC działalności lotniczej samodzielnie bądź kumulatywnie. O dopuszczalności łącznego wykazania przywołanych ubezpieczeń w ramach jednej usługi świadczy użycie w treści warunku funktora alternatywy rozłącznej „lub”.

Wykładania celowościowa warunku nr 2 nie prowadzi do odmiennych wniosków. Skoro dane usługi ubezpieczenia wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, to doświadczenie nabyte przez ich łączne wykonanie w wymaganym przez zamawiającego rozmiarze – określonym wysokością składki ubezpieczeniowej, uznać należy za adekwatne i związane z przedmiotem zamówienia. Odpowiada to postulatowi wykładni celowościowej zawartemu w art. 22 ust. 4 Pzp.

Powołana przez odwołującego odpowiedź zamawiającego z 2 lutego 2011r. odnosiła się do rezygnacji z wykazania usługi ubezpieczenia lotniczego w ogóle, nie zaś do dopuszczalności kumulacji usług w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie przeczy zatem wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej przez Izbę.

Izba dokonała oceny wykazu usług oraz dokumentu referencji złożonych wraz z ofertą przez przystępującego i uznała je za zgodne z wymaganiami zamawiającego. Skoro zamawiający ustalił w specyfikacji, że usługa ubezpieczenia samolotów obejmuje tak aerocasco, jak i ubezpieczenie OC użytkownika statków powietrznych, to przystępujący był uprawniony do wskazania 1 usługi ubezpieczenia lotniczego w wykazie nawet jeśli obejmowała ona aerocasco oraz ubezpieczenie OC użytkownika .

Izba wzięła również pod uwagę, że sam odwołujący potwierdził, że aerocasco i ubezpieczenie OC użytkownika mogą łącznie osiągnąć wymaganą przez zamawiającego wysokość składki. Nie powołał natomiast odwołujący, ani nawet nie uprawdopodobnił, że osiągnięcie tej wysokości w przypadku pojedynczej usługi realizowanej na rzecz Air Italy Polska jest niemożliwe, mimo że to na nim spoczywa ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp).

Celem ustalenia warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie selekcji wśród podmiotów działających w danym obszarze rynku. Zamawiający winien określić swoje wymagania na takim poziomie, aby wykonawca, który wykaże ich spełnianie był zdolny do wykonania zamówienia z należytą starannością.

Odwołujący nie podniósł, ani nie wykazał, że wykonawca, który należycie wykonał (wykonuje) 1 usługę ubezpieczenia lotniczego o wymaganej wysokości składki obejmującą aerocasco i ubezpieczenie OC użytkownika statków powietrznych, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem w znacznym stopniu formalnym. Punktem odniesienia dla oceny legalności działań zamawiającego są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść dokumentów wiąże strony postępowania (z zastrzeżeniem sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, znajdującymi zastosowanie w toku danej procedury udzielenia zamówienia), co urzeczywistnia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert zgodnie z ustalonymi przez siebie wymaganiami.

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia wyraża się również w możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej w ściśle określonych terminach. Izba zważyła, że termin na wnoszenie odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazany w art. 182 ust. 2 Pzp upłynął. Izba pominęła zatem argumentację prezentowaną przez odwołującego na rozprawie, w myśl której, z uwagi na regulacje rynku ubezpieczeń i ukształtowaną na nim praktykę każde z ubezpieczeń wskazanych w oświadczeniu Air Italy Polska Sp. z o. o. stanowić może wyłącznie jedną usługę. Odwołujący również w tej mierze złożył jedynie oświadczenie o charakterze ogólnym, co dodatkowo, z

uwagi na spoczywający na nim ciężar dowodu, powoduje, że odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....