

WYROK
z dnia 2 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Qumak-Sekom S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., (3) Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Asseco Poland S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) BRE Bank S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Qumak-Sekom S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., (3) Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** 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) Qumak-Sekom S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., (3) Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego prowadzi postępowanie na „Dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu Śląska Karta Usług Publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2011 pod pozycją 2011/S 128-212691.

Odwołujący Konsorcjum w składzie: Qumak - Sekom SA - lider Konsorcjum, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, Bank Gospodarstwa Krajowego zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 3 pkt. 1 PZP polegające na zaniechaniu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2011r. (sygn. akt: KIO 2223/11), tj. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Ustawy Pzp, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum w składzie Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej Konsorcjum Asseco) zgodnie z treścią i uzasadnieniem ww. wyroku; art. 7 ust.1 i ust.3 PZP, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na celowym zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy z Odwołującym, tj. wykonawcą którego oferta, zgodnie z przepisami PZP winna zostać wybrana do realizacji Zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011r. poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie i odrzucenie jego oferty z uwagi na niespełnienie przez ww. Konsorcjum warunku udziału w postępowania wskazanego w art. 22 ust 1 pkt. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 04 października 2011 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Asseco Poland S.A. oraz BRE Bank S.A. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania (sygn. KIO 2223/11). Wyrokiem z dn. 28 października 2011 Izba uwzględniła odwołanie Odwołującego, co skutkowało unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego z dn. 2 listopada 2011 r. Izba w wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający pismem z dnia 3 listopada wezwał Konsorcjum Asseco do wyjaśnień w zakresie przedłożonej polisy

odpowiedzialności cywilnej ze str. 105-109 ofert oraz polisy ze stron 263-265 oferty, bowiem ww. polisy wskazywały na podmioty współubezpieczone. W piśmie Zamawiający żądał wyjaśnienia na jaką sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) ubezpieczony jest Wykonawca Asseco Poland S.A. oraz wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum Asseco. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej Asseco Poland S.A. sprowadzającej się do jego (jako członka Konsorcjum) zdolności finansowej do zawarcia umowy ubezpieczenia na sumę wymaganą w SIWZ. W dniu 8 listopada 2011 roku Konsorcjum Asseco udzieliło odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. 9 listopada 2011 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponownie za najkorzystniejszą uznana została oferta - Konsorcjum w składzie Asseco Poland S.A. oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie, co zdaniem Odwołującego zostało dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; zaniechanie wykonania wyroku KIO nakazującego powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zgodnie z art. 192 ust 3 pkt. 1 Ustawy Pzp, a tym samym Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż z udzielonych wyjaśnień jednoznacznie nie wynika, iż wartość na jaką opiewa polisa jest w pełni wystarczająca do zaspokojenia wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ. Konsorcjum Asseco wskazało, iż: „objęcie tym samym ubezpieczeniem (dodatkowo) innych podmiotów, nie będących członkami Konsorcjum, nie ma wpływu na wysokość sumy ubezpieczeniowej Wykonawcy Asseco Poland S.A. (wysokość sumy gwarancyjnej)”. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum Asseco przedstawiło zaświadczenie z dn. 7 listopada 2011 r z TUIR Allianz Polska S.A. i opinię z dnia 7 listopada 2011 firmy Mentor S.A. Z opinii Mentor S.A. wynikało, iż suma gwarancyjna nie jest w żaden sposób dzielona, a każdy z potencjalnych poszkodowanych, może w ramach polisy ubezpieczeniowej dochodzić odszkodowania do pełnej sumy gwarancyjnej. W ocenie Odwołującego przedstawione zaświadczenie z TUIR Allianz Poland S.A. również nie prowadzi do rozwiania wątpliwości Zamawiającego w zakresie gwarantowanej sumy ubezpieczenia, gdyż jest ono w swej treści bardzo ogólne i wskazuje jedynie, iż Asseco Poland S.A. jest ubezpieczone w zakresie odpowiedzialności cywilnej na kwotę 70 000 000 zł na jeden i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia, co potwierdzają przedstawione

polisy, jednak w żadnym miejscu zaświadczenia nie ma wyraźnego odniesienia do wątpliwości Zamawiającego w zakresie współubezpieczenia. Odwołujący zauważył, iż skoro jest podział kwot za składkę, to prawdopodobnie jest w tym zakresie również podział zakresu świadczenia, a skoro go nie ma, to najprawdopodobniej kwota ubezpieczenia podlega konsumpcji, bowiem w zakresie polisy nie ma mowy o jej automatycznym odnawianiu się do pełnej kwoty ubezpieczenia po zabezpieczeniu roszczeń danego wierzyciela. Ponadto Odwołujący podnosił wątpliwości, iż skoro Asseco Poland S.A. jest ubezpieczone na pełną sumę gwarancyjną, na którą opiewa polisa, a w zakresie sumy ubezpieczenia nie ma jasnego podziału kwot pomiędzy współubezpieczonych -to na jaką kwotę opiewa ubezpieczenie pozostałych współubezpieczonych, a więc Zakładu Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. i Podkarpackiego Funduszu Nieruchomości Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł także, iż z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Asseco wynika, iż również w zakresie polisy stanowiącej część tajną, ma zastosowanie zasada współubezpieczenia, w związku z tym Odwołujący wnosił o uwzględnienie wszystkich powyższych zarzutów odpowiednio również do polisy stanowiącej część tajną.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wskazał, iż w dniu 9 listopada otrzymał wyjaśnienia, z których wynika, że wysokość sumy ubezpieczenia, na jaką ubezpieczony został Wykonawca wg stanu na dzień 21 września 2011 roku (t.j. dzień składania ofert) wyniosła 70 mln zł dla polisy z części jawnej oferty. W przypadku zaś polisy z części tajnej Wykonawca potwierdził, iż wysokość sumy ubezpieczenia przypadająca w dniu składania ofert na członka konsorcjum jest tą samą wysokością, która została podana w polisach OC załączonych w części tajnej oferty. Na potwierdzenie wyjaśnień do swojego pisma Wykonawca dołączył zaświadczenia ubezpieczyciela (Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. Allianz Polska S.A.), który wystawił ww. polisy OC. Ubezpieczyciel potwierdził, iż Asseco Poland zgodnie z wymienionymi polisami OC wg stanu na dzień 21.09.2011 roku był ubezpieczony do sumy gwarancyjnej 70 mln zł oraz że członek konsorcjum jest ubezpieczony na kwoty wynikające z polis znajdujących się w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający podniósł, iż uznał (w świetle złożonych dokumentów), iż wyjaśniona została kwestia sumy gwarancyjnej, która po zsumowaniu kwot z wszystkich polis znacznie przewyższa wymaganą przez Zamawiającego kwotę 80 mln zł. Ze względu na wyjaśnienie tej kwestii, w jego ocenie, nie było konieczności wzywania Asseco Poland do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż z wyjaśnień Asseco Poland oraz zaświadczeń ubezpieczyciela wynikało bezspornie, iż w dniu składania ofert spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na określoną w SIWZ sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną). Wobec powyższego, wezwanie Asseco Poland w

trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów (polis OC) byłoby niezasadne i bezpodstawne.

Jako okoliczności faktyczne należy także wskazać:

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.4 SIWZ Zamawiający dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez wskazanie, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych),

b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) równą co najmniej 80 000 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych), (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe warunki wykonawcy mogą spełniać łącznie).

Zatem Zamawiający żądał w celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia m.in. polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 80.000.000 zł.

W postępowaniu o sygnaturze KIO 2223/11 Odwołujący zakwestionował grupowy charakter polisy, wskazując iż polisa nr 00-10-430-05876193 wskazuje jako współubezpieczone dwie spółki nie będące członkami Konsorcjum, a mianowicie: Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Wskazanie w polisie nr 00-10-430- 05876193 dwóch innych (poza Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA) podmiotów - współubezpieczonych powoduje, że suma ubezpieczenia z niej wynikająca odnosi się nie tylko do Asseco Poland SA.

Izba w uzasadnieniu wyroku sygn. KIO 2223/11 uznała, iż niezależnie od charakteru polisy OC, z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną.

Izba ustaliła, iż polisa seria nr 00-10-430-05876193 przedłożona przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A. oraz BRE BANK S.A. jest polisą zbiorową, w ramach której Ubezpieczonym jest Asseco Poland S.A., zaś Współubezpieczonym Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. oraz Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o.

Izba wskazała w wyroku sygn. KIO 2223/11, że zbiorowy charakter tej polisy nie pozwala ustalić sposobu objęcia ochroną ubezpieczeniową wykonawcy Asseco Poland S. A. Zdaniem Izby Zamawiający powinien mieć pewność, że wykonawca posiada ubezpieczenie z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę. Zatem, zdaniem Izby, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba orzekła, iż Zamawiający winien wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A., oraz BRE BANK S. A., do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie sum gwarancyjnych odpowiedzialności cywilnej, jaką są oni objęci w ramach powyższego ubezpieczenia oraz zasad jego funkcjonowania, a jeżeli z treści wyjaśnień wynikać będzie brak spełnienia wymogu odnośnie wymaganej sumy gwarancyjnej, do przedłożenia dokumentu zgodnie z wymaganiami SIWZ, który potwierdzałby w sposób jednoznaczny, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A., oraz BRE BANK S. A., (zwanym dalej: Konsorcjum Asseco).

Zamawiający i Przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania na podstawie artykułu 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby sygn. akt KIO 2223/11. Izba nie uwzględniła tego wniosku Zamawiającego i Przystępującego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Izba w wyroku sygn. akt KIO 2223/11 nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, sum gwarancyjnych odpowiedzialności cywilnej, jaką wykonawca jest objęty w ramach ubezpieczenia oraz zasad jego funkcjonowania, a w przypadku, gdy te wyjaśnienia nie potwierdzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedłożenie dokumentu zgodnie z wymaganiami SIWZ. Należy stwierdzić, iż niniejsze odwołanie dotyczy prawidłowości czynności, jaką Zamawiający wykonał po wydanym przez Izbę wyroku sygn. akt KIO 2223/11. Przede wszystkim odwołanie dotyczy sposobu dokonania wyjaśnień i oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego oraz konsekwencji tych czynności - czynności wyboru oferty Przystępującego. Izba w ww. wyroku wskazała, iż w przypadku, gdy wyjaśnienia nie potwierdzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadane ubezpieczenie, polisę na kwotę gwarancyjną podaną w SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności uznania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum Asseco i, zgodnie z treścią żądania, powinien wykonać wyrok KIO 2223/11 poprzez żądanie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem niezbędne było, w ocenie Izby, dokonanie w trakcie rozprawy sprawdzenia prawidłowości wezwania i oceny (dokonanej przez Zamawiającego) złożonych przez Konsorcjum Asseco wyjaśnień w świetle wyroku KIO 2223/11, a także oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, wynikających z ww. wyroku (tj. wyboru oferty Konsorcjum Asseco w miejsce wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy). Zamawiający dokonał czynności wezwania do wyjaśnień, oceny tych wyjaśnień i wyboru w ramach nowej czynności badania i oceny ofert. Ta właśnie czynność i jej konsekwencja w postaci wyboru oferty Konsorcjum Asseco została zaskarżona. Przyjmując stanowisko zgodne z twierdzeniem Zamawiającego, Odwołujący nie miałby możliwości wniesienia odwołania co do prawidłowości czynności Zamawiającego dokonanych po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, stąd też Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania. Izba nie uwzględniła także wniosku podniesionego w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego w zakresie odrzucenia odwołania na podstawie artykułu 189 ust. 2 pkt 4, który stanowi, iż odrzuceniu podlega odwołanie w przypadku, gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba ustaliła, iż przedmiotem niniejszego odwołania jest przede wszystkim czynność Zamawiającego dokonana po wyroku KIO 2223/11, dotycząca wezwania do wyjaśnień i oceny tych wyjaśnień, (które nie były rozpatrywane w poprzednim postępowaniu odwoławczym), a w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum Asseco jako najkorzystniejszej. Odwołanie to dotyczy zatem nowych czynności Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba w niniejszym postępowaniu ustaliła, iż Zamawiający, stosownie do treści uzasadnienia wyroku KIO 2223/11, wezwał wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień w zakresie wysokości

sumy gwarancyjnej, na jaką ubezpieczony jest wykonawca Asseco Poland S.A., jak również wykonawca BRE Bank S.A. Złożone wyjaśnienia potwierdzają jednoznacznie, iż jest to kwota odpowiadająca wymaganiom SIWZ (na dzień składania ofert).

Izba rozpatrywała niniejsze odwołanie w kontekście brzmienia wyroku i uzasadnienia wyroku KIO sygn. akt KIO 2223/11. W wyroku tym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie konsorcjum Asseco do dokonania wyjaśnień w zakresie zarówno wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia, jaką objęci są członkowie konsorcjum, jak i zasad funkcjonowania tego ubezpieczenia.

Zamawiający nie wskazał jednoznacznie w treści kierowanego zapytania, aby wykonawcy przedstawili zasady funkcjonowania ubezpieczenia. Brak takiego żądania w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma wpływu na wynik postępowania. Treść odpowiedzi udzielonej przez konsorcjum Asseco, opisuje jednak te zasady.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Asseco i przedstawione przez nie dokumenty, potwierdzają fakt spełnienia przez konsorcjum wymogów w zakresie posiadania wymaganego przez Zamawiającego potencjału finansowego i ekonomicznego. Treść dokumentów przedstawionych przez konsorcjum Asseco w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie pozostawiający wątpliwości potwierdza, że wykonawca Asseco Poland S.A. na dzień 21.09.2011r. ubezpieczony był od odpowiedzialności cywilnej do sumy gwarancyjnej 70.000.000 zł. Wynika to jednoznacznie z treści zaświadczenia wystawionego przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. w dniu 08.11.2011r. Potwierdza to także pismo Mentor S.A. z dnia 07.11.2011r. Pismo to nie tylko potwierdza wysokość sumy gwarancyjnej, jaką objęty jest Asseco Poland S.A. (kwota 70.000.000 zł, wynikająca z dwóch polis o numerach 000-10-430-05876193 i 000-11-430-05883109), ale także wyjaśnia zasady objęcia ubezpieczeniem w sytuacji, gdy na podstawie jednej polisy ochroną ubezpieczeniową objęty jest więcej niż jeden podmiot. Sytuacja taka miała miejsce w odniesieniu do polisy nr 000-10-430-05876193, w której jako ubezpieczony, obok Asseco Poland S.A., wskazane zostały także dwa inne podmioty. Zgodnie z wyjaśnieniami oraz złożonymi dokumentami, w takiej sytuacji określona w polisie suma gwarancyjna odnosi się do wszystkich współubezpieczonych i nie podlega podziałowi. Każdy z podmiotów współubezpieczonych ubezpieczony jest do sumy gwarancyjnej wskazanej w polisie.

W świetle powyższego należy uznać, iż fakt niepodzielności sumy gwarancyjnej wynikającej z polisy nr 000-10-430-05876193 oznacza, że suma ta przysługuje niepodzielnie wszystkim

współubezpieczonym, co w szczególności oznacza, że suma ta przysługuje także Asseco Poland S.A. Brak jest podstaw do przyjęcia, że wobec faktu objęcia ubezpieczeniem trzech podmiotów, suma gwarancyjna poddawana jest jakimkolwiek podziałowi. Brak jest także podstaw do przyjęcia, iż suma gwarancyjna wynikająca z polisy nr 000-10-430-05876193 podlega pomniejszeniu związanemu z faktem, iż ubezpieczeniem objęte są trzy podmioty. Dokumenty przedstawione przez konsorcjum Asseco wskazują fakt, iż wykonawca Asseco Poland S.A. na dzień 21.09.2011r. objęty był ubezpieczeniem do sumy gwarancyjnej 70.000.000 zł – bez żadnych pomniejszeń.

Z analogicznych przyczyn Izba uznała, że drugi członek konsorcjum Asseco – BRE Bank S.A. – także spełnia wymogi w zakresie wysokości sumy gwarancyjnej oraz zasad objęcia ubezpieczeniem.

Należy stwierdzić, iż zgodnie z przedstawionymi dokumentami, Wykonawca wchodzący w skład konsorcjum objęty jest pełną wysokością sumy ubezpieczenia (sumy gwarancyjnej) na jaką został ubezpieczony, dotyczy to każdego z ubezpieczonych. Objęcie tym samym ubezpieczeniem innych podmiotów, nie ma wpływu na wysokość sumy ubezpieczenia (gwarancyjnej) ubezpieczonego członka Konsorcjum.

W postępowaniu o sygnaturze KIO 2223/11 rozpatrywana była już kwestia podmiotów współubezpieczonych. Izba uznała wówczas, iż Zamawiający powinien wyjaśnić zakres ubezpieczenia podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum. Udzielone wyjaśnienia miały na celu ustalenie kwoty sumy gwarantowanej w odniesieniu do członków konsorcjum oraz zasad funkcjonowania ubezpieczenia. Zasad, z których Zamawiający mógł powziąć informację, że członkowie konsorcjum Asseco ubezpieczeni są na określoną sumę gwarancyjną i że ta właśnie suma ubezpieczenia im przysługuje. W ocenie Izby zadaniem Zamawiającego nie miało być pogłębianie wiedzy w dziedzinie ubezpieczeń, lecz uzyskanie konkretnych wyjaśnień lub dokumentów, które pozwolą mu na ocenę spełnienia określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum Asseco. Przedstawione przez konsorcjum Asseco wyjaśnienia i dokumenty pozwalają na dokonanie takiej oceny.

Treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz treść SIWZ nie zawierają szczególnych wymagań co do treści polisy, jaką należy przedstawić jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może żądać takiego dokumentu na potwierdzenie tych warunków. Dokument ten miał potwierdzać, iż określony wykonawca jest ubezpieczony

na wskazaną w SIWZ kwotę, oraz że polisa została opłacona. W niniejszym postępowaniu z udzielonych wyjaśnień, jak również z załączonych dokumentów, Zamawiający uzyskał wiedzę, która w ocenie Izby pozwoliła na dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Asseco.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż zgodnie z załączonymi dokumentami, Asseco Poland S.A. dokonało opłacenia całości składki polisy. Tak wynika z załączonych do oferty dokumentów i ta okoliczność nie była kwestionowana.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy mają rozważania Odwołującego dotyczące podziału kwot za składkę (co stronom wiadome było od początku), podziału zakresu świadczenia oraz konsumpcji kwoty ubezpieczenia. Istotą niniejszej sprawy jest kwestia wysokości sumy gwarantowanej, jaką z tytułu umów ubezpieczenia na dzień złożenia oferty objęci byli członkowie konsorcjum Asseco, a jak wskazano wyżej, przedstawione przez konsorcjum Asseco wyjaśnienia i dokumenty potwierdzają spełnienie wymogów Zamawiającego w tym zakresie.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż w zakresie polisy przedstawionej przez konsorcjum Asseco nie ma mowy o jej automatycznym odnawianiu się do pełnej kwoty ubezpieczenia, w kwestii oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest całkowicie indyferentna. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia dowodów zawarcia umów ubezpieczenia z automatycznym odnawianiem kwoty ubezpieczenia, a wykazana przez konsorcjum Asseco kwota ubezpieczenia na dzień złożenia oferty spełniała wymogi Zamawiającego. W ocenie Izby ewentualny brak opcji automatycznego odnawiania sumy ubezpieczenia nie jest czymś wyjątkowym.

Zamawiający jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do badania potencjału i spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców i tylko przez wykonawców. Zamawiający nie ma żadnego instrumentu pozwalającego na sprawdzanie potencjału podmiotów innych niż wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto kwestia wysokości sumy ubezpieczenia pozostałych współubezpieczonych nie ma znaczenia w niniejszej sprawie, skoro Konsorcjum Asseco przedstawiło dokumenty, z których jednoznacznie wynika, do jakiej sumy gwarantowanej ubezpieczeni są członkowie konsorcjum i wysokość tej sumy spełnia wymogi Zamawiającego.

Na marginesie należy zauważyć także, iż Odwołujący, podnosząc zarzut, powołał się na art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to artykuł nie odnosi się do

czynności Zamawiającego, a reguluje kwestie dotyczące orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Izba zauważa jednak, że powołanie przy określeniu zarzutu niewłaściwego przepisu ustawy nie powoduje braku postawienia zarzutu. Podkreślić należy, iż zarzut to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem zamawiającego w postępowaniu, które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenie przepisów prawa. Zatem, w niniejszym postępowaniu zarzut stanowią wskazane przez Odwołującego okoliczności, tj. okoliczności wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień i ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, brak wezwania do uzupełnienia w świetle art. 26 ust. 3 i w konsekwencji niewłaściwej, zdaniem Odwołującego, czynności wyboru oferty Konsorcjum Asseco jako najkorzystniejszej, zamiast jej odrzucenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....