

Sygn. akt: KIO 2786/11

WYROK
z dnia 12 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie**

przy udziale wykonawcy **Vendi Servis sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie** kwotę **3.567 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy pięciuset sześćdziesięciu siedmiu złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest świadczenie usług całodziennego żywienia pacjentów Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 15 listopada 2011 r. nr 2011/S 219-356520.

Pismem z dnia 19 grudnia 2011 r., zamawiający zawiadomił wykonawcę ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie zwanego dalej „odwołującym” o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Vendi Servis sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
 - 2) czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu z pominięciem oferty odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego
- odwołujący wniósł w dniu 28 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił wskazanym czynnościom i zaniechaniom zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe i niezgodne ze stanem faktycznym zastosowanie, w szczególności przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszeniu o zamówieniu;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z postanowieniami Rozdziału IV pkt 4 lit. a) SIWZ oraz Rozdziału V pkt 13 SIWZ poprzez błędną wykładnię, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, że polisa OC odwołującego nie potwierdza spełniania przez odwołującego określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne określenie przez zamawiającego zakresu i przyczyn wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu polisy OC,

- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez przystępującego, która wobec bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 5) art. 7 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, w szczególności poprzez zróżnicowane traktowanie przez zamawiającego odwołującego i innych wykonawców w zakresie przeprowadzonej oceny polisy OC;
- 6) art. 96 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 5 ustawy Pzp poprzez brak sporządzenia przez zamawiającego pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób określony w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223poz. 1458).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z czynnością wykluczenia go z postępowania oraz jej uzasadnieniem dokonany przez zamawiającego. Wywodził, iż wykluczenie jest bezzasadne i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp biorąc pod uwagę zarówno postanowienia SIWZ (Rozdział IV pkt 4, lit. a oraz Rozdział V pkt 13), jak i treść i zakres certyfikatu Nr 7 wystawionego do polisy 0361003610 złożonego przez odwołującego w ofercie oraz treść i zakres polisy OC o numerze 0361003610 (stanowiącej podstawę dla wystawienia przez ubezpieczyciela certyfikatu Nr 7) złożonej przez odwołującego przy piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia polisy OC, zawarte w piśmie z dnia 7 grudnia 2011 r., znak D/ZP/374/558/2011.

Odwołujący wywodził, że polisa OC o numerze 0361003610 uzupełniona przez odwołującego na wezwanie zamawiającego jest w pełni zgodna z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w SIWZ i wielokrotnie przewyższa kwotowo warunek określony przez zamawiającego. Odwołujący argumentował ponadto, że z treści polisy OC o numerze 0361003610 wynika, iż posiada on ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w wysokości 12 207 870,00 zł na jedno zdarzenie oraz 24 415 740,00 zł w rocznym agregacie (roczny agregat tj. łączna wartość wszystkich zdarzeń ubezpieczeniowych w okresie roku). Zatem wysokość sumy gwarancyjnej określonej w posiadanej przez odwołującego polisie odpowiedzialności cywilnej znacznie przekracza wymagane przez zamawiającego minimum na jedno i wszystkie zdarzenia, co odwołujący wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r. Dodatkowo wywodził, że do oferty załączył certyfikat Nr 7 wystawiony do polisy 0361003610 oraz pismo brokera ubezpieczeniowego potwierdzające, że jego polisa została opłacona, a certyfikat jest formą zastępczą dokumentu polisy. Jest przedkładany, aby

wykazać warunek udziału w postępowaniu bez konieczności informowania innych wykonawców o faktycznej wysokości sumy ubezpieczenia wynikającej z polisy OC.

W ocenie odwołującego wątpliwa zatem była konieczność wzywania go do złożenia polisy OC, skoro z treści certyfikatu nr 7 do polisy wynikała kwota ubezpieczenia OC odwołującego nie mniejsza niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. W istocie zamawiający lakonicznie stwierdził, że wzywa do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rozdziału V pkt 13 SIWZ, tj. „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 na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia”. Odnosząc się do treści wezwania podnosił, że zamawiający nie sprecyzował dlaczego i w jakim zakresie certyfikat nr 7 wystawiony do polisy 0361003610 oraz pismo brokera ubezpieczeniowego potwierdzające, że polisa odwołującego została opłacona nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ. Nie wskazał, że chodzi o podlimit. Brak precyzji zamawiającego w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów nie może obarczać odwołującego, w szczególności nie powinno być uzasadnieniem dla wykluczenia odwołującego z postępowania. W omawianym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08.

Odwołujący wywodził również, że opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Polisa OC składana w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powinna być utożsamiana przez zamawiającego z ubezpieczeniem przedmiotu zamówienia, czyli ubezpieczeniem konkretnego kontraktu. Przywoływał wyroki Izby: z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; z dnia 11 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2801/10; z dnia 21 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; z dnia 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; z dnia 9 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09.

W ocenie odwołującego zamawiający bezzasadnie badał podlimity w złożonej przez niego polisie OC. Zamawiający zażądał jedynie, aby polisa opiewała na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Polisa OC odwołującego opiewa na kwotę 12 207 870,00 zł na jedno zdarzenie oraz 24 415 740,00 zł w rocznym agregacie (wszystkie zdarzenia w roku). Mając na względzie, że polisa OC nie powinna być przez zamawiającego traktowana jako ubezpieczenie przedmiotu zamówienia (polisa kontraktowa) zupełnie nie do zaakceptowania jest uzasadnienie wykluczenia odwołującego, odwołujące

się do zdarzeń ubezpieczeniowych, gdzie zamawiający wykazuje, że „(...) w przypadku wystąpienia zarażenia chorobami zakaźnymi limit odpowiedzialności ograniczony jest do kwoty 1 000 000,00 zł na zdarzenie, a więc na kwotę niższą niż wymagano w SIWZ (...)”. Podnosił, że kwestia podlimitów w polisie OC także była już przedmiotem zainteresowania Krajowej Izby Odwoławczej i że w świetle orzecznictwa bez znaczenia dla oceny dokumentu polisy OC są klauzule o zastosowanych wariantach ubezpieczenia, podlimitach i sublimitach. Przywołał wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1205/11. Wskazywał, że zamawiający zawarł odrębne postanowienia dotyczące polisy OC kontraktowej w Załączniku nr 5 do SIWZ - Projekt umowy. Zamawiający nie wskazał w projekcie umowy konkretnej wysokości sumy gwarancyjnej, czekając zapewne na całkowitą wartość umowy będącą pochodną ceny oferty najkorzystniejszej. Nie określił też limitów na jedno lub więcej zdarzeń. Ponadto zamawiający zawarł warunek automatycznego odnowienia sumy gwarancyjnej (w razie jakiegokolwiek wypłaty dokonanej przez ubezpieczyciela wystawiającego dokument ubezpieczenia). Przywołał postanowienie § 7 pkt. 1 projektu umowy i wskazywał, że postanowienia dotyczące polisy OC kontraktowej są inne niż dotyczące polisy OC służącej ocenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców.

W ocenie odwołującego zamawiający wykluczając go z powodu podlimitu określonego w polisie OC dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, w szczególności poprzez zróżnicowane traktowanie odwołującego i wykonawcy Dussmann Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie przeprowadzonej przez zamawiającego oceny polis OC tych wykonawców. Polisa OC wykonawcy Dussmann Sp. z o.o. o numerze 00.431.826 wystawiona przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. z siedzibą w Warszawie, z sumą gwarancyjną w wysokości 3 954 500,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonane usługi, zawiera sublimit dotyczący rzeczy pod kontrolą w wysokości 790 900,00 PLN na jeden wypadek ubezpieczeniowy i 1 581 800,00 PLN na wszystkie wypadki ubezpieczeniowe oraz klauzulę „Odpowiedzialność pracodawcy” w wysokości 500 000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe, (strona 51 oferty P. Dussmann Sp. z o.o.). Zamawiający pomimo tych ograniczeń w polisie OC, analogicznych do kwestionowanych postanowień polisy OC odwołującego, które legły u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania, nie wezwał wykonawcy Dussmann Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień ani do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co istotne - nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania. Wykluczenie odwołującego jest przejawem naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podnosił, iż dokonał analizy porównawczej polisy OC wykonawcy Vendi Servis, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz polisy OC odwołującego. Polisa OC wykonawcy Vendi Servis opiewa na kwotę 3 300 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Składka za tą polisę OC wynosi rocznie 2 100,00 zł. Polisa OC odwołującego opiewa na kwotę 12 207 870,00 zł na jedno zdarzenie oraz 24 415 740,00 zł w rocznym agregacie (wszystkie zdarzenia w roku). Składka za polisę OC odwołującego wynosi rocznie 13 923,00 zł. Jest więc polisą, która w sposób pełniejszy potwierdza spełnianie warunków udziału dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej określone przez zamawiającego w SIWZ. Również gdyby ta polisa OC była polisą kontraktową dawałaby zamawiającemu znacznie szerszą ochronę ubezpieczeniową.

Podnosił dodatkowo, że klauzula w polisie OC dotycząca podlimitu w wysokości 1 000 000,00 zł w brzmieniu „Z zastrzeżeniem pozostałych warunków umowy ubezpieczenia polisa pokrywa również zarażenie chorobami zakaźnymi, pod warunkiem, że Ubezpieczony jest prawnie odpowiedzialny za takie zakażenie” jest w istocie rozszerzeniem odpowiedzialności ubezpieczyciela i zakresu ochrony ubezpieczeniowej w stosunku do standardowego ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności. Podlimit na kwotę 1 mln złotych na zarażenia chorobami zakaźnymi jest dodatkowym rozszerzeniem zakresu ochrony, który jest standardowo wyłączany z ogólnych warunków ubezpieczenia przez większość ubezpieczycieli na rynku.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 22 listopada 2011 r. ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 7 grudnia 2011 r. skierowane do odwołującego, pismo odwołującego z dnia 8 grudnia 2011 r., zawiadomienie zamawiającego z 19 grudnia 2011 r. o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia postępowania, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy którego oferta na podstawie kryteriów oceny ofert może zostać wybrana jako najkorzystniejsza i w konsekwencji wybór innej, mniej korzystniejszej oferty prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego może okazać się ofertą korzystniejszą od oferty wybranej, ustalenie iż zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w Rozdziale IV, zatytułowanym *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* opisał warunek udziału w postępowaniu wskazując w pkt 4 lit. a, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że są *ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia.*

W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy w świetle postanowienia Rozdziału V pkt 13 SIWZ zobowiązani byli złożyć wraz ofertą *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 na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia.

Odwołujący złożył wraz z ofertą certyfikat Nr 7 wystawiony do polisy 0361003610 przez Chartis Europe S.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie. W certyfikacie tym jako przedmiot umowy ubezpieczenia wskazano: *Odpowiedzialność cywilną ubezpieczającego za szkody wyrządzone na osobie lub na mieniu z tytułu prowadzonej działalności lub posiadanego mienia, odpowiedzialność cywilną najemcy, odpowiedzialność cywilną za produkt ubezpieczającego, odpowiedzialność cywilną za dzieło ukończone przez ubezpieczającego, odpowiedzialność kontraktową i deliktową z tytułu prowadzonej działalności, odpowiedzialność z tytułu zatruc pokarmowych*, zaś jako limit odpowiedzialności wskazano 3.000.000 zł na zdarzenie i w rocznym agregacie. W certyfikacie tym wskazano również, iż z zastrzeżeniem pozostałych warunków umowy ubezpieczenia polisa pokrywa również zarażenie chorobami zakaźnymi, pod warunkiem, że Ubezpieczony jest prawnie odpowiedzialny za takie zakażenie. W tym zakresie wskazano sublimit w wysokości 1.000.000 zł na zdarzenie. Do oferty załączono również oświadczenia brokera ubezpieczeniowego, zgodnie z którym odwołujący posiada opłaconą polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej o nr 0361003610.

Pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu wymaganego postanowieniami rozdziału V pkt 13 SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 8 grudnia 2011 r. odwołujący wyjaśnił, iż certyfikat i pismo brokera załączone do oferty świadczą o tym, iż polisa została opłacona, a certyfikat jest formą zastępczą dokumentu polisy. Do pisma załączył polisę o nr 0361003610 wystawioną przez Chartis Europe S.A. Oddział w Polsce. W polisie tej jako przedmiot umowy ubezpieczenia wskazano: *Odpowiedzialność cywilną ubezpieczającego za szkody wyrządzone na osobie lub na mieniu z tytułu prowadzonej działalności lub posiadanego mienia, odpowiedzialność cywilną najemcy, odpowiedzialność cywilną za produkt ubezpieczającego, odpowiedzialność cywilną za dzieło ukończone przez ubezpieczającego*. W polisie wskazano również, iż z zastrzeżeniem pozostałych warunków umowy ubezpieczenia polisa pokrywa również zarażenie chorobami zakaźnymi, pod warunkiem, że Ubezpieczony jest prawnie odpowiedzialny za takie zakażenie. W tym zakresie wskazano sublimit w wysokości 1.000.000 zł na zdarzenie. Do polisy dołączono także rachunek z 5.1.2011 r., zgodnie z którym w terminie 14 dni od daty jego wystawienia należność z tytułu składki miała być uiszczona.

Ustalono także, że w dniu 20 grudnia 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przesłanie protokołu postępowania. Zamawiający w tym samym dniu przekazał wykonawcy z pośrednictwem poczty elektronicznej kopię protokołu. Protokół prowadzony

przez zamawiającego był niezgodny ze wzorem protokołu stanowiącym załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223poz. 1458).

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu była prawidłowa.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani byli wykazać posiadanie *ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia*. Z powyższego postanowienia SIWZ wynikało, iż zamawiający wymagał przedstawienia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy na konkretną sumę gwarancyjną, zaś suma ta dotyczyć miała zarówno jednego jak i wszystkich zdarzeń. Zamawiający w ten sposób sprecyzował, że suma gwarancyjna miała odnosić się do każdego i wszystkich zdarzeń, a zatem nie pozostawił pola do odmiennej interpretacji kwestionowanego postanowienia.

Izba nie neguje i podziela przedstawiane w dotychczasowym orzecznictwie stanowisko, że polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej składana przez wykonawcę w postępowaniu służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy i nie powinna być utożsamiana przez zamawiającego z ubezpieczeniem konkretnego kontraktu. Podziela również pogląd, że generalnie zamawiający badając składane przez wykonawców polisy nie jest uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia, franszyz czy sublimitów. Jednakże ten ostatnio pogląd w ocenie Izby ulega modyfikacji w sytuacji, w której zamawiający w sposób wyraźny zastrzega, że suma gwarancyjna ma dotyczyć każdego i wszystkich zdarzeń. Przy tak określonym warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest uprawniony do badania wyłączeń i podlimitów dotyczących zdarzeń kluczowych z punktu widzenia prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dotychczas analizowane przez Izbę stany faktyczne nie odnosiły się do sytuacji w której wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę gwarancyjną dotyczył nie tylko prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale i wszystkich zdarzeń wynikających z takiej działalności, jak to miało miejsce w analizowanym postępowaniu. Dlatego też Izba uznała przywołane przez odwołującego w odwołaniu orzeczenia Izby za nieadekwatne do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Jeśli chodzi o sumę gwarancyjną, to zgodnie z art. 824 § 1 KC, jeżeli nie umówiono się inaczej suma ubezpieczenia ustalona w umowie stanowi górną granicę odpowiedzialności

ubezpieczyciela. Zamawiający wyraźnie sprecyzował, że minimalna górna granica odpowiedzialności na poziomie 3.000.000 zł miała dotyczyć każdego i wszystkich zdarzeń. Nie było kwestionowane, że odwołujący posiadał umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną w wysokości 12.207.870,00 zł na jedno zdarzenie oraz 24.415.740,00 zł w rocznym agregacie. Jednakże zauważyć należało, iż ww. sumy gwarancyjne nie obejmowały wszystkich zdarzeń mogących rodzić odpowiedzialność ubezpieczającego a związanych z przedmiotem zamówienia. Z treści polisy złożonej przez odwołującego wynikało bowiem ustanowienie podlimitu w wysokości 1.000.000 zł na jedno zdarzenie w przypadku ryzyka zarażenia chorobami zakaźnymi. W tym miejscu podkreślenia wymagało, że ustanowiony w analizowanej polisie podlimit rozumiany był jako górna granica odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu konkretnego, wyodrębnionego zdarzenia. Powyższe oznaczało, że górna granica odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu zdarzeń, których dotyczył podlimit modyfikowała ogólną sumę gwarancyjną w kwocie 12.207.870 zł na jedno zdarzenie i była zarazem niższa od wymaganej przez zamawiającego kwoty 3.000.000 zł na jedno zdarzenie. Z tego powodu należało zbadać, czy zdarzenia których dotyczył sublimit mieściły się w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności i czy miały istotny związek z przedmiotem zamówienia. Z opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wynikało bowiem, iż wymóg ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę gwarancyjną dotyczyć miał po pierwsze prowadzonej przez wykonawcę działalności, a po drugie - związanej z przedmiotem zamówienia. Izba stwierdziła, że w dziale 3 rubryce 1 odpisu z KRS odwołującego ujawniono, iż przedmiotem działalności odwołującego jest m.in. przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (Katering) – symbol PKD 56.21. A zatem zakresem prowadzonej przez odwołującego działalności objęte było świadczenie usług żywieniowych. Prowadzona przez odwołującego działalność w zakresie przygotowywania żywności niewątpliwie łączyła się z możliwością zarażenia chorobami zakaźnymi, a których to zdarzeń dotyczył podlimit. Wystąpienie choroby zakaźnej może być bowiem wynikiem konsumowania zakażonej żywności przygotowanej przez wykonawcę. Ponadto ryzyko zarażenia chorobami zakaźnymi poprzez przygotowaną przez wykonawcę żywność niewątpliwie miało również związek z przedmiotem zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, iż przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi w zakresie żywienia pacjentów zamawiającego. Usługi te miały polegać na przygotowywaniu i dostarczaniu posiłków do siedziby zamawiającego. W świetle zaś postanowienia §6 ust. 3 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany był oświadczyć, że ponosi odpowiedzialność cywilną w przypadku zawinionych przez niego zatruć bądź innych powikłań bezpośrednio wynikających ze spożycia posiłków złej jakości. Związek prowadzonej działalności w zakresie przygotowywania żywności i możliwości zarażenia chorobami zakaźnymi w ramach tej działalności z przedmiotem zamówienia był więc

oczywisty. Przy czym związek ten w ocenie Izby nie miał charakteru ubocznego, lecz biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – charakter bezpośredni i kluczowy. Dlatego warunkowi udziału w postępowaniu który nakładał obowiązek posiadania ubezpieczenia na sumę gwarancyjną 3.000.000 na wszystkie i każde zdarzenie zamawiający zobligowany był do badania związku zdarzeń objętych sublimitem z przedmiotem zamówienia, co uczynił. Ocena zamawiającego była prawidłowa, albowiem odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu ryzyka zarażenia chorobami zakaźnymi w przypadku prowadzonej działalności w zakresie przygotowywania żywności miała ścisły, bezpośredni i kluczowy związek z przedmiotem zamówienia. Ochrona ubezpieczeniowa z tytułu ww. zdarzenia została ograniczona do kwoty 1.000.000 zł na jedno zdarzenie, co świadczyło o niespełnieniu przez odwołującego opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Z omawianych względów Izba uznała za niezasadny podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie, zaś dopiero w razie nieuzupełnienia tych dokumentów zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku

zamawiający winien wskazać które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i jakie są powody takiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny.

Z treści wezwania z dnia 7 grudnia 2011 r., choć lakonicznego, jak również wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy wynikało jednak, iż zamawiający kwestionował certyfikat złożony przez odwołującego wraz z ofertą w całości, a nie jeden z fragmentów tego dokumentu. Z tego powodu wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnoszące się do konieczności ponownego złożenia całego dokumentu, o którym mowa w rozdziale V pkt 13 SIWZ było wystarczające, z czym zgodził się odwołujący nie kwestionując uprzednio czynności wezwania w drodze przysługującego mu środka prawnego w postaci odwołania.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa. W konsekwencji zamawiający wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia, aby zamawiający dokonując analizy polis OC złożonych przez wykonawców naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Rzeczywiście w polisie OC złożonej wraz z ofertą przez wykonawcę Dussmann sp. z o.o. w Warszawie ustanowiono sublimit dotyczący rzeczy pod kontrolą w wysokości 790.900,00 zł na jeden wypadek ubezpieczeniowy i 1.581.800,00 zł na wszystkie wypadki ubezpieczeniowe oraz sublimit dotyczący klauzuli „odpowiedzialność pracodawcy” w wysokości 500.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe. Jednakże w ocenie Izby związek odpowiedzialności wykonawcy jako pracodawcy jak również odpowiedzialności za rzeczy pod kontrolą z przedmiotem zamówienia był wątpliwy, biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia obejmował przygotowywanie i dostarczanie gotowych posiłków a także ich rozprowadzenie na terenie obiektów zamawiającego. Natomiast twierdzenie odwołującego, iż z polisy OC wykonawcy Dussmann sp. z o.o. w Warszawie nie wynikała odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu ryzyka zarażenia chorobami zakaźnymi pozostało gołosłowne, gdyż nie zostało poparte dowodem. Z polisy OC złożonej przez tego wykonawcę wynikało, iż zakresem ochrony objęto odpowiedzialność cywilną z tytułu prowadzonej działalności, w tym usług cateringowych, na sumę gwarancyjną 3.954.500 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia. Odwołujący nie wykazał natomiast, że ryzyko zarażenia chorobami zakaźnymi zostało wyłączone z ochrony ubezpieczeniowej przykładowo składając ogólne warunki ubezpieczenia. Wobec braku dowodu przeciwnego Izba uznała zatem, że przedmiotem ochrony ubezpieczeniowej było to zdarzenie. Z omawianych powodów Izba nie uznała za udowodnionego zarzutu naruszenia przepisu art. 7 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zróżnicowane

traktowanie przez zamawiającego odwołującego i wykonawcy Dusmann sp. z o.o. w Warszawie w zakresie przeprowadzonej przez zamawiającego oceny polis OC tych wykonawców.

Rozstrzygając w przedmiocie podniesionego przez odwołującego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 5 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że okazał się on zasadny. Analiza protokołu postępowania o udzielenie zamówienia jaki prowadził zamawiający prowadziła do wniosku, że nie był zgodny ze wzorem protokołu wynikającym z załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458). Zamawiający prowadził protokół w oparciu o wzór wynikający z uprzednio obowiązującego rozporządzenia. Zakres tych wzorów różnił się, przykładowo obowiązujący wzór zawiera informacje dotyczące kwestii wezwań, jakie kieruje zamawiający do wykonawców w trakcie postępowania. A zatem taki sposób przygotowania protokołu przez zamawiającego prowadził do ograniczenia zasady jawności postępowania, której jednym z przejawów jest prowadzenie prawidłowej dokumentacji postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 96 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 5 ustawy Pzp nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Prowadzenie przez zamawiającego protokołu postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami nie miało wpływu na czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i czynność wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.567,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5

ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: