

**WYROK**  
z dnia 23 grudnia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **SOLTUR Sp. z o.o., ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża SOLTUR Sp. z o.o., ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice**  
i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SOLTUR Sp. z o.o., ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od SOLTUR Sp. z o.o., ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice kwotę 3 854 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika zamawiającego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. 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**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przewozu załogi pomiędzy Zakładem głównym a szybami peryferyjnymi KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła, KWK Wieczorek, KWK Murcki-Staszic, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Katowicki Holding Węglowy S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawca SOLTUR sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej w części II zamówienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MURGÓR-TRANS sp. z o. o. (dalej „Murgór”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący zażądał wykluczenia z części II zamówienia wykonawcy Murgór oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty

Odwołujący podał, że na dzień 12 grudnia 2013 r. zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, która – zdaniem odwołującego – nie powinna zostać przeprowadzona, ponieważ w postępowaniu wpłynęły trzy oferty, z których oferta wykonawcy Murgór powinna zostać odrzucona jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zamawiający, w Rozdziale 1.2 ust. 7.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) podał, że przeprowadzenie aukcji elektronicznej warunkuje złożenie co najmniej 3 niepodlegających odrzuceniu ofert.

Odwołujący, powołując art. 22 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że na potwierdzenie warunków tam wskazanych zamawiający sektorowy zobowiązany jest, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Podał, że w celu udowodnienia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał się posiadaniem opłaconego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie niższą niż 400 000,00 zł dla części II zamówienia oraz złożeniem oświadczenia, że będzie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia przez cały okres realizacji umowy (Rozdział 1.1.6.1 pkt 5 SIWZ).

Wskazał, że wykonawca Murgór przedstawił w ofercie jedynie zgodną z wymaganiami zawartymi w SIWZ opłaconą polisę od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, nie zostało natomiast złożone oświadczenie o ubezpieczeniu od

odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu umowy.

Podał także, że wykonawca Murgór na wezwanie zamawiającego złożył oświadczenie o treści „Niniejszym oświadczamy że będziemy kontynuowali polisę OC z tytułu prowadzonej działalności w trakcie jej trwania”.

Zdaniem odwołującego złożone oświadczenie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, ponieważ wynika z niego jednoznacznie, iż wykonawca Murgór zobowiązuje się do kontynuowania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej tylko w okresie obowiązywania polisy załączonej do oferty (01.06.2013-31.05.2014 r.), a nie w okresie realizacji umowy, który wynosi 36 miesięcy.

Dodatkowo podniósł, że zawarte w oświadczeniu sformułowanie „w trakcie jej trwania” jest jednoznaczne i oznacza, że wykonawca będzie kontynuował ubezpieczenie tylko w okresie obowiązywania załączonej do oferty polisy OC, tj. wykonawca nie oświadczył, że będzie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w całym okresie realizacji umowy, a jedynie zobowiązał się, że nie rozwiąże umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawartej na okres od 01.06.2013 r. do 31.05.2014 r. Ponieważ zaś okres ubezpieczenia potwierdzony zawartą w ofercie polisą nie obejmuje terminu realizacji zamówienia, a wykonawca zobowiązał się do kontynuowania ubezpieczenia jedynie w okresie ważności załączonej do oferty polisy OC, a nie jak wymagał zamawiający w całym okresie realizacji umowy, to – wywodził odwołujący – oferta wykonawcy Murgór powinna zostać odrzucona.

Podsumowując uznał, że wykonawca Murgór powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego ofertę zamawiający powinien uznać za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także stanowiska zamawiającego (odwołujący na rozprawę się nie stawił) zaprezentowanego w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (część II) ofertę z najniższą ceną. Zamawiający przewidział w Rozdziale I pkt 7 SIWZ przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej 3 niepodlegające odrzuceniu oferty. W postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący zaoferował najniższą cenę (wg Rozdziału I pkt 13 znaczenie tego kryterium

– 100 %), a zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającego odrzucenia oferty jednego z trzech wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu oznacza, że uwzględnienie odwołania dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia (aukcja i jej wyniki nie mogłyby być brane pod uwagę skoro zamawiający nie byłby uprawniony do jej przeprowadzenia, dysponując jedynie dwoma niepodlegającymi odrzuceniu ofertami).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
2. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (dalej „Protokół”).
3. Oferty odwołującego.
4. Wezwania zamawiającego z dnia 13 listopada 2013 r. do złożenia oświadczenia o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu umowy.
5. Oświadczenie Murgór złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 13 listopada 2013 r.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Murgór w następstwie zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z tego powodu, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej nie zasługuje na uwzględnienie.

W Rozdziale I pkt 6.1.5) zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zażądał złożenia aktualnej, opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 400 000,00 zł (co do części II, której dotyczy odwołanie) wraz z potwierdzeniem opłacania składek. W tym samym punkcie zamawiający zażądał: „Wykonawca złoży oświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia”.

Wraz z ofertą wykonawca Murgór złożył polisę 903005192580: ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej – transport, okres ubezpieczenia 01.06.2013 r. – 31.05.2014 r., przewidującą jednorazową opłatę składki w terminie do 11.06.2013 r.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął 22.10.2013 r. (pkt 7 Protokołu).

Oplacenie składki przez wykonawcę Murgór nie było kwestionowane.

Pismem z 13.11.2013 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Murgór do złożenia w terminie do 18.11.2013 r. oświadczenia o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu umowy, ponieważ brak takiego oświadczenia w ofercie Murgór.

Złożenie oświadczenia przez wykonawcę Murgór w wyznaczonym terminie nie było przez odwołującego kwestionowane.

Wykonawca Murgór złożył oświadczenie o treści: „Niniejszym oświadczamy, że będziemy kontynuowali polisę OC z tytułu prowadzonej działalności w trakcie jej trwania”

Sporny między stronami był fakt, czy złożone przez wykonawcę Murgór na wezwanie zamawiającego oświadczenie spełnia postawiony przez zamawiającego w SIWZ wymóg złożenia oświadczenia o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, w złożonym oświadczeniu wykonawca Murgór nie zobowiązał się „do kontynuowania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej tylko w okresie obowiązywania polisy”, co zdaniem odwołującego miałyby oznaczać, że „jedynie zobowiązał się, że nie rozwiąże umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”, ale zobowiązał się do przedłużenia polisy, co wynika z brzmienia oświadczenia – „będziemy kontynuowali polisę OC z tytułu prowadzonej działalności” – w okresie jej ważności, a zatem przed zakończeniem jej obowiązywania – przed 31.05.2014 r. („w trakcie jej trwania”).

Abstrahując od racjonalności rozwiązania umowy ubezpieczenia po opłacie przez ubezpieczonego składki w pełnej wysokości (jak wskazano powyżej opłacenie przez wykonawcę Murgór jednorazowej składki nie było kwestionowane) wskazać należy, że oświadczenie wykonawcy Murgór co do czasu obowiązywania polisy (kolejnej polisy, kontynuowanej po zakończeniu okresu obowiązywania polisy złożonej wraz z ofertą) należy tłumaczyć biorąc pod uwagę okoliczności, w jakich zostało złożone (art. 65 § 1 k.c.), tj., że zostało złożone na wezwanie zamawiającego, konkretyzujące, iż chodzi o czas wykonywania przedmiotu umowy i wskazujące, że brak w ofercie tego wykonawcy takiego oświadczenia. Nadto oświadczenie wykonawcy Murgór co do czasu obowiązywania polisy należy tłumaczyć biorąc pod uwagę fakt, że złożenie tego oświadczenia zamawiający zakwalifikował jako brak wymagający uzupełnienia

(wezwanie z powołaniem się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), a zatem warunkujący poddanie oferty wykonawcy Murgór ocenie.

W ocenie składu orzekającego Izby, wobec złożenia przez wykonawcę Murgór oświadczenia w powyższych okoliczności należy przyjąć, że wykonawca Murgór, skoro odpowiedział (nie zbył wezwania zamawiającego milczeniem) i złożył oświadczenie, to uczynił to z zamiarem kontynuacji ubezpieczenia zgodnie z wymaganiem zamawiającego tj. w czasie wykonywania przedmiotu umowy.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że o ile zamawiający sektorowy jest uprawniony do żądania na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, to przypomnienia wymaga, że jest to możliwe jedynie, gdy żądanie innych dokumentów jest niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków (art. 138c ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w Rozdziale I pkt 5.1. SIWZ ustalił, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają w szczególności warunek „sytuacji ekonomicznej i finansowej”, nie precyzując w tym punkcie żadnych wymagań szczegółowych. Dopiero w Rozdziale I pkt 6.1.5) SIWZ zamawiający zażądał złożenia aktualnej, opłaconej polisy, precyzując, że ma to być polisa potwierdzająca, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 400 000,00 zł (co do części II).

Żądanie przez zamawiającego w Rozdziale I pkt 6.1.5) SIWZ złożenia dodatkowego oświadczenia, tj. „oświadczenia o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia” nie było dokumentem adekwatnym, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 400 000,00 zł, ponieważ dotyczyć miało czasu wykonywania przedmiotu umowy, a zatem przyszłości, podczas gdy spełnienie warunku znajdowania się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zamawiający ma obowiązek badać na dzień składania ofert. Dokumentem wystarczającym do stwierdzenia tego faktu była polisa złożona przez wykonawcę Murgór wraz z ofertą.

W tej sytuacji wykluczenie jakiegokolwiek wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niezłożenia ww. oświadczenia stanowiłoby poszerzanie katalogu podstaw wykluczenia wykonawcy poza podstawy ustawowe, wskazane w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, do czego zamawiający sektorowy nie jest uprawniony.

Z powyższych względów skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....