

**Sygn. akt: KIO 1334/16**

**WYROK**

**z dnia 2 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2016 r. przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Muzeum Narodowe w Gdańsku,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Muzeum Narodowemu w Gdańsku powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ubezpieczenie dzieł sztuki podczas transportu i wystawy od wszystkich ryzyk Muzeum Narodowego w Gdańsku, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Warszawie; oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

2. kosztami postępowania obciąża Muzeum Narodowe w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Muzeum Narodowego w Gdańsku na rzecz Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Muzeum Narodowe w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ubezpieczenie dzieł sztuki podczas transportu i wystawy od wszystkich ryzyk Muzeum Narodowego w Gdańsku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP nr 92075 z 17.08.2016 r..

W dniu 14.07.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 19.07.2016 r. Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że zarzucona przez Zamawiającego niezgodność oferty z treścią SIWZ – zawarcie w załączonych do oferty Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia (OWU) szeregu wyłączeń od odpowiedzialności, które są niezgodne z zakresem odpowiedzialności ubezpieczeniowej określonym w SIWZ – jest niezasadna w świetle konstrukcji oferty PZU. Odwołujący zaoferował bowiem ubezpieczenie Zamawiającego w sposób opisany w SIWZ (w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia), a § 3 ust. 1 Zał. nr 5 do SIWZ – Projekt

umowy stanowi, że „Umowa zostaje zawarta zgodnie z zapisami OWU Wykonawcy, stanowiącymi załącznik do oferty Wykonawcy. Jeżeli zapisy OWU są niezgodne z istotnymi zapisami określonymi w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, wówczas obowiązują zapisy zawarte w załączniku nr 1. Jeżeli zapisy z OWU Wykonawcy są korzystniejsze od zapisów zawartych w załączniku nr 1, wówczas zastosowanie będą miały zapisy z OWU”. Tym samym należy przyjąć, że postanowienia Zał. nr 1 do SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia mają pierwszeństwo przed postanowieniami załączonych do oferty OWU.

[...]”

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Opis przedmiotu zamówienia zamieszczono w Załączniku Nr 1 do SIWZ, gdzie określono również zakres zamawianego ubezpieczenia, w tym określono zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela i jej wyłączenia.

W rozdz. V pkt 1.2) SIWZ wymagano załączenia do oferty Ogólnych Warunków Ubezpieczenia objętych niniejszym postępowaniem.

Projekt umowy w sprawie zamówienia stanowił Zał. nr 5 do SIWZ. Według § 3 ust. 1 umowy: „Umowa zostaje zawarta zgodnie z zapisami OWU Wykonawcy, stanowiącymi załącznik do oferty Wykonawcy. Jeżeli zapisy OWU są niezgodne z istotnymi zapisami określonymi w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, wówczas obowiązują zapisy zawarte w załączniku nr 1. Jeżeli zapisy z OWU Wykonawcy są korzystniejsze od zapisów zawartych w załączniku nr 1, wówczas zastosowanie będą miały zapisy z OWU”

Do oferty Odwołującego załączono „Ogólne warunki ubezpieczenia eksponatów wystawowych i targowych”, które odmiennie określały zakres ryzyk ubezpieczyciela (mniejszy) niż określony Opiszem przedmiotu zamówienia (co jest pomiędzy stronami bezsporne).

Całość uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 14 lipca 2016 r. przedstawia się następująco: *W swojej*

*ofercie/polisie Wykonawca zawarł szereg wyłączeń od odpowiedzialności, co stoi w sprzeczności z zapisami Ogłoszenia i SIWZ, stanowiącymi, że ubezpieczenie obejmuje wszystkie ryzyka.*

### **W oparciu o powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi

fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W rozpatrywanym przypadku nie zachodzi żadna z powyższych postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z żądaniem SIWZ Wykonawca przedłożył Ogólne Warunki Ubezpieczeń „objętych niniejszym postępowaniem” – są to warunki dotyczące ubezpieczania eksponatów wystawowych. Natomiast niezgodność zakresu pokrywanego ryzyka wynikająca z OWU i OPZ nie może stanowić o materialnej niezgodności świadczenia zamawianego i oferowanego.

Na „niezgodność” tego rodzaju godził się sam Zamawiający i przewidział odpowiednie mechanizmy umowne ją wykluczające (powoływany § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia).

Wykonawca składając ofertę w odpowiedzi na z góry określone i nie podlegające negocjacji warunki i zakres zamówienia, zobowiązał się do jego wykonania w sposób w tych warunkach określony. W myśl postanowień umowy zgadza się również, aby OWU stosowane w jego firmie obowiązywały tylko w zakresie zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia albo w bardziej korzystnym – co *de facto* i *de iure* zaoferował Zamawiającemu. Tym samym, z takiej konstrukcji dokumentów przetargowych i składanej w odpowiedzi na nie oferty, wynika, że oferowany jest zakres ubezpieczenia wynikający z Opisu przedmiotu zamówienia, a

mniej korzystne postanowienia OWU w tym przypadku nie obowiązują i oferowane nie są.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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). Kosztów zastępstwa procesowego nie zasądono w związku z brakiem przedłożenia rachunku potwierdzającego ich poniesienie, o którym mowa w ww. przepisie.

.....