

Sygn. akt: KIO/2293/10

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa”, Sp. z o. o., 01 – 793 Warszawa, ul. Rydygiera 8**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Spółka Komunalna „Dorzecze Białej” Sp. z o. o., 33 – 170 Tuchów, ul. Jana III Sobieskiego 69c.**

przy udziale wykonawcy **EKO KONSULTING – PROJEKT „CONSEKO – BBM – DESIGN” S. A., 30 – 147 Kraków, ul. Wiedeńska 114** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa”, Sp. z o. o., 01 – 793 Warszawa, ul. Rydygiera 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa”, Sp. z o. o., 01 – 793 Warszawa, ul. Rydygiera 8**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa”, Sp. z o. o., 01 – 793 Warszawa, ul. Rydygiera 8** na rzecz **EKO KONSULTING – PROJEKT „CONSEKO – BBM – DESIGN” S. A., 30 – 147 Kraków, ul. Wiedeńska 114** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku sygn. akt KIO/2293/10

W dniu 22 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone na podstawie art. 180 ust. 1 i następnych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, przez Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Spółkę Komunalną „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie dla zadania Kontrakt nr TA2 Pomoc Techniczna podczas realizacji projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej zlewni rzeki Biała w ramach programu Czysty Dunajec”, realizowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013, pod numerem POIS.01.01.00-00-070/08.

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności Zamawiającego. Podpisane zostało przez Prezesa mgr inż. Włodzimierza Glamkowskiego.

Odwołujący wskazywał, że podczas przeprowadzenia postępowania Zamawiający naruszył obowiązujące przepisy prawa:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: Conseko) pomimo iż, wykonawca ten nie udowodnił iż posiada najpóźniej na dzień składania ofert, opłacone na kwotę minimum 1500 000 PLN, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, obejmujące wykonawcę, w zakresie działalności związanej w wykonaniem zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Conseko, pomimo, że wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a nadto, z uwagi, iż oferta Conseko (uzupełniona o dokumenty i oświadczenia) merytorycznie, co do istotnych elementów SIWZ, nie jest z nią zgodna w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Conseko i zaniechanie odrzucenia jego oferty, a w konwencji poprzez wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania Conseko i odrzucenie oferty Conseko,

2. zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wskazanej w przedstawionej do wglądu na rozprawie umowie o zastępstwo procesowe lub w fakturze oraz kosztów dojazdu, w oparciu o załączone do wglądu bilety PKP.

Odwołujący wskazywał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania. Biprowod złożył w postępowaniu ofertę, która plasuje się drugim miejscu po ofercie wybranej za najkorzystniejszą tj. oferty Conseko. Oferta Biprowod nie została odrzucona, a sam Odwołujący nie został wykluczony. W przypadku uwzględnienia odwołania, Biprowod będzie miał szanse na pozyskanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż pismem z dnia 13 października 2010 roku, doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu Zamawiający zawiadomił Biprowod, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Conseko.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z zapisem w pkt 9.2.c) (IDW) SIWZ wymagał posiadania opłaconego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 1 500 000 PLN. W tym celu, w oparciu o pkt 10.4.c) Instrukcji Dla Wykonawców SIWZ, wykonawca winien przedstawić „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. Zamawiający dopuszcza przedłużenie polisy OC opłacanej zgodnie z terminami płatności rat wynikającymi z umowy. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby Wykonawca przedłożył dokument potwierdzający opłacenie składki/raty”.

Conseko, wykazując spełnienie w/w warunku przedłożył do oferty dwie polisy:

1. AXA Corporate Solutions wystawioną we Francji na firmę SAFAGE S.A. oraz jej spółki filialne (zgodnie z tłumaczeniem biegłego przysięgłego), oraz
2. Generali T.U. S.A. wystawioną na w Polsce na Conseko na kwotę ubezpieczenia 1 000 000 PLN.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 5 października 2010 roku wezwał Conseko do uzupełnienia oferty. Zamawiający uznał, że co do obowiązku posiadania polisy ubezpieczeniowej OC, warunki udziału w postępowaniu spełnia jedynie polisa AXA Corporate Solutions. Jednakże nie potwierdza ona objęcia Conseko ubezpieczeniem. Do oferty nie przedłożono również dowodu uiszczenia składki/raty na to ubezpieczenie.

Conseko, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty, pismem z dnia 11 października 2010 roku (wobec obowiązku posiadania ubezpieczenia OC), uzupełnił ofertę o aneks nr 2 do umowy ubezpieczenia z GENERALI T.U. S.A. oraz o informację tego towarzystwa ubezpieczeniowego o uiszczeniu składki na to ubezpieczenie, a ta o dowód

uiszczenia składki na ubezpieczenie z AXA Corporate Solutions. Jednocześnie Conseko złożyło wyjaśnienia, co do podmiotowego zakresu ochrony ubezpieczeniowej polisy AXA Corporate Solutions.

Odwołujący podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie do Conseko z dnia 5 października 2010 roku (wezwanie do uzupełnienia oferty), iż polisa ubezpieczenia GENERALI T.U. S.A. nie spełnia warunków dotyczących opłacenia w wymaganym czasie polisy, do wymaganej minimalnej kwoty ubezpieczenia. Uzupełniony aneks nr 2 do umowy ubezpieczenia wraz z oświadczeniem GENERALI T.U. S.A., nie zmieniają tak ustalonego stanu faktycznego. Bowiem, Zamawiający wymagał ubezpieczenia na kwotę minimum 1 500 000 PLN, zaś polisa obejmuje jedynie sumę ubezpieczenia 1 000 000 PLN. Aneks nr 2 do tej umowy ubezpieczenia suma ubezpieczenia ulega zwiększeniu do właściwego poziomu, lecz niezależnie od tego, Zamawiający żądał także przedstawienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki/raty. Oświadczenie GENERALI T.U. S.A. przedłożone do uzupełnienia oferty Conseko nie potwierdza opłacenia składki na zwiększoną do 1 500 000 PLN kwotę ubezpieczenia, najpóźniej na czas upływu terminu do składania ofert, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (czy też art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Oświadczenie to nie zawiera daty jego złożenia, a z jego treści nie wynika, iż Conseko w wymaganym przez ustawę Pzp i SIWZ terminie opłaciło rzeczoną składkę. Przedmiotowe oświadczenie może poświadczać np. stan faktyczny powstały po terminie wyznaczonym na składanie ofert. Brak, zatem w ofercie Conseko dokumentu poświadczającego uiszczenie składki na ubezpieczenie do kwoty zmienionej aneksem nr 2 na czas do terminu składania ofert. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że „*złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty **powinny potwierdzać** spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, **nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wnioskowo dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert**”*. Dokumenty złożone w wyniku wezwania zamawiającego mogą więc być wystawione przez właściwy organ lub wykonawcę przed datą, w której upłynął termin składania wniosków lub ofert, lub po tej dacie (w tym również po dacie wezwania do uzupełnienia). Winny jednak w treści potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w dniu, w którym upłynął termin składania odpowiednio wniosków lub ofert (tak Komentarz do art.26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). *Uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy [z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu z dnia 27 października 2006 r. dokumenty mogą być wystawione po upływie*

terminu składania ofert (wniosków), ale ich treść powinna potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków) (tak Urząd Zamówień Publicznych UZP, *Możliwość uzupełniania oświadczeń i dokumentów*. Teza 4, artykuł Zam.Pub.Dor. 2006/11/44).

Dodatkowo, należy podkreślić, że w obowiązującym stanie prawnym to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. A to zobowiązanie, wobec omawianych warunków, nie zostało dopełnione (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy [z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych] oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady, to nie zamawiający ma udowodniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda (tak Urząd Zamówień Publicznych UZP, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*. Teza 2, artykuł M.Zam.Pub. 2010/3/4).

Przy tym, zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, zamawiający w oparciu o zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji winien uwzględnić przy ocenie oferty Conseko brak potwierdzenia spełniania warunku posiadania opłaconej do 1 500 000 PLN ubezpieczenia w wymaganej kwocie na czas najpóźniej złożenia oferty.

Wymóg przedstawienia dowodu uiszczenia składki/raty na ubezpieczenie najpóźniej na czas złożenia oferty, nie został zmieniony czy też zakwestionowany przez wykonawców. Obowiązuje i uzależnia ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od rzeczywistego czasu rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej (w przypadku polisy Generali T.U. S.A. - niezależnie do czasu rzeczywistej ochrony na kwotę 1 500 000 PLN). O konieczności opłacenia polisy i przedstawienia dowodu wpłaty składki/raty na czas najpóźniej złożenia wniosku/oferty świadczy choćby fakt wprowadzenia do katalogu dokumentów, które może żądać zamawiający od wykonawcy opłaconej polisy (§ 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). W poprzednim stanie prawnym zamawiający mógł żądać jedynie polisy, ale bez dowodu jej opłacenia.

Odwołujący nadmieniał także, że zakres polisy ubezpieczeniowej OC winien obejmować prowadzoną działalność związaną z przedmiotem zamówienia. Wykonanie tego zamówienia zakłada obligatoryjnie udział w wykonaniu zamówienia osób wykonujących zawód wymagający posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych: eksperci od 4 do 9 pkt 9.2.b) (IDW) SIWZ) np. np. radcy prawnego/adwokata, projektanta. Natomiast, co jest istotne:

zakres ubezpieczenia polisy Generali T.U. S.A. (§ 6 Ogólnych Warunków Ubezpieczenia OC Generali) nie obejmuje szkód powstałych w związku z pracą tych osób. Skoro wymogi SIWZ tego postępowania nakładają obowiązek wykonywania czynności zawodowych przez właśnie te osoby, to polisa OC nie obejmuje błędów zawodowych wykonanych przez te osoby i nie obejmuje odpowiedzialności cywilnej związanej z wykonywaniem działalności gospodarczej zbieżnej z zakresem przetargu. Na dowód swojej tezy Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem „Ogólne warunki Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Generali T. U. S.A. podjęte uchwałą Zarządu w dniu 08.08.2007r.”

Podobnie, polisa GENERALI T.U. S.A. obejmuje jedynie usługi konsultingowe (konsulting można zdefiniować, jako zawodową działalność gospodarczą polegającą na oferowaniu usług doradczych przez specjalistów posiadających ekspercką wiedzę w określonej dziedzinie bądź dziedzinach, skierowaną do szeroko pojętych przedsiębiorców, jako pomoc w rozwiązywaniu napotykanym przez nich problemów, w tym również prawnych). Prace związane z wykonaniem zamówienia to obok konsultingu także czynności projektowe (2.4.3 a),b) (OPZ) SIWZ). Czyli, polisa ta nie obejmuje działalności pokrywającej się z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo, zakres ubezpieczenia polisy GENERALI T.U. S.A. to szkody tylko osobowe i rzeczowe a brakuje tzw. czystych strat finansowych (szkód majątkowych).

Odnosnie polisy AXA Corporate Solutions, wyjaśnienia Conseko o możliwości posługiwania się przez wykonawcę polisą ubezpieczenia OC innego podmiotu, na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp są nietrafne. Jak wyraźnie zaznaczono np. w opinii Urzędu Zamówień Publicznych udostępnić wykonawcy przez podmiot trzeci, obok wiedzy, doświadczenia, zasobów osobowych i technicznych, można tylko zdolność finansową a nie ekonomiczną. Natomiast, to do tej ostatniej, czyli zdolności ekonomicznej należy zaliczyć obowiązek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnoprawnej.

Ponadto, ubezpieczenie obejmuje firmę SAFAGE i - zgodnie z załączonym przez Conseko tłumaczeniem przysięgłym, spółki filialne. Dla pewności ochrony ubezpieczeniowej Conseko tą polisą - co jest ważne z punktu widzenia np. art. 7 ustawy Pzp i wypełnienia celu wprowadzenia warunków udziału w postępowaniu, nie jest wystarczającym oświadczenie wykonawcy, iż „subsidiaries” można tłumaczyć, jako firmy zależne czy powiązane. A następnie, przez takie tłumaczenie uznać, że Conseko jest ubezpieczone. Wykonawca winien przedstawić np. oświadczenie właściwego towarzystwa ubezpieczeniowego o zakresie podmiotowym ubezpieczenia (czy np. odpowiednik naszych Ogólnych Warunków Ubezpieczenia), z którego ochrony Conseko chce korzystać. Zamiast takiego dokumentu, wykonawca powołał się na zobowiązanie SAFAGE S.A. do oddania mu w dysponowanie zdolności finansowych. Takie działania Conseko, pośrednio przyznaje rację zasadnym wątpliwościom zakresu podmiotowego ubezpieczenia tą polisą. Za J.E. Nowickim

[w Problemy z opłaconą polisą. Teza 4, artykuł Zam.Pub.Dor. 2010/5/41] Odwołujący wskazywał, że: nie wydaje się [...], aby wykonawca na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, nie mógł złożyć pisma ubezpieczyciela zawierającego informacje, które w wystarczający sposób potwierdzą ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisanym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu.

Dodatkowo z polisy nie wynika, jaki jest zakres terytorialny ubezpieczenia (czy obejmuje także Polskę). Brak tej wiedzy, łącznie z brakiem dowodu w postaci dokumentu na objęcie Conseko ubezpieczeniem AXA Corporate Solutions, pozwala założyć, że polisą tą są objęte jedynie przedsiębiorstwa podległe Safage S.A. „poza właściwością sądu”, wymienione w wyciągu Kbis z wypisu rejestru handlowego i spółek właściwego dla SAFAGE S.A. (Francja) - s. 35-37 oferty Conseko. A co najmniej, nie ma gwarancji, iż omawiana polisa dotyczy także Conseko, że obowiązuje na terenie Polski.

Sumując, przedstawione przez Conseko polisy ubezpieczeniowe od odpowiedzialności cywilnej nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten nie udowodnił, że powoływane przez niego polisy są zgodne z SIWZ. A wymagania te należy uznać za istotne. Polisa Generali T.U. S.A. wyłącza ochronę ubezpieczeniową wobec działalności związanej z wykonaniem zamówienia, wobec działalności podmiotów, których udział w realizacji zamówienia jest konieczny. Nie dotyczy także prac projektowych. Conseko nie przedstawiło również dowodu na uiszczenie w terminie wskazanym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp) składki na ubezpieczenie do kwoty 1 500 000 PLN.

Natomiast polisa AXA Corporate Solutions nie może być udostępniona wykonawcy na zasadzie art. 26 ust. 2b. Wykonawca nie udowodnił, że jest objęty tym ubezpieczeniem, że ono obowiązuje w Polsce. Zakres podmiotowy ubezpieczenia, interpretowany wyłącznie w oparciu o oświadczenie Conseko z sugerowaną przez niego wykładnią językową - przy dopuszczanej innej interpretacji, pozostawia uzasadnione wątpliwości. A te, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu wyjaśnień Conseko w piśmie z 11 października 2010 roku (uzupełnienie oferty) winne stanowić postawę do wykluczenia Coseko.

Zamawiający wezwał Conseko do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). W myśl zasady jednorazowości wezwania w tożsamym zakresie do uzupełnienia wniosku/oferty, tryb ten należy uznać za wyczerpany wobec Conseko (np. wyrok z dnia 12.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1385/08, 1398/08, wyrok KIO z dnia 25.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1148/09 oraz wyrok z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 599/09). W konsekwencji Zamawiający nie ma możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w powołanym trybie, a tym samym - wybrany wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2

pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Z ostrożności, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia wniosku/oferty, jeśli uzupełnienia oferta i tak będzie podlegać odrzuceniu. Taka sytuacja zachodzi w okolicznościach sprawy. Conseko pomimo uzupełnienia oferty, nie przedstawił dokumentu na bezspeczne objęcie go ubezpieczeniem z polisy Axa Corporate Solutions. Nie przedstawił także dowodu na opłacenie w wymaganym czasie składki na ubezpieczenie w Generali T.U. S.A. do kwoty 1 500 000 PLN. Jednocześnie zakres przedmiotowy tej ostatniej polisy nie pokrywa się z zakresem związanym z wykonaniem zamówienia. Zatem, oferta Conseko, jako niezgodna merytorycznie z SIWZ (a niezgodność ta ma istotny wymiar), zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna być odrzucona. Dlatego zachodzą przesłanki do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W dniu 25 października 2010 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca wybrany w postępowaniu.

Wskazywał on w zgłoszeniu przystąpienia, że stawiane przez Odwołującego zarzuty są bezpodstawne, a czynności podjęte przez Zamawiającego w tym zakresie są prawidłowe i zasadne.

W dniu 2 listopada 2010 roku Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Wskazywał, że co prawda polisa AXA spełnia warunek minimalnej kwoty ubezpieczenia, jednakże nie wynika z niej, że Przystępujący jest nią objęty oraz że nie podzielił stanowiska prezentowanego przez Przystępującego w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach, iż polisa ta może być udostępniona na zasadach wynikających z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odnosnie polisy GENERALI T.U. S.A. wskazał, że po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym uzyskał od ubezpieczyciela informacje, iż aneks do pierwotnej polisy został opłacony dopiero w dniu 7 października 2010 roku czyli po upływie terminu składania ofert, a zakres polisy nie obejmuje projektowania.

W związku z powyższym Zamawiający za nieważną uznał czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wskazał, że powtórzy czynność badania i oceny ofert w postępowaniu.

W tak zaistniałym stanie prawnym, w dniu 3 listopada 2010 roku Przystępujący do postępowania wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy i nieodrzczenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie następnej w kolejności oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem 9 SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniali m.in. warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej (9.1d SIWZ). Wykonawca miał wykazać się, że posiada opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 1 500 000 zł (punkt 9.2.c SIWZ). W dalszej części SIWZ Zamawiający wskazywał, że w celu potwierdzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym warunków ekonomicznych i finansowych), wykonawcy mieli przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający dopuszczał przedłożenie polisy OC opłaconej zgodnie z terminami płatności rat wynikający z umowy. Jednocześnie Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki/raty.

W złożonej przez Przystępującego EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: Conseko lub Przystępujący) ofercie znajdują się dwie polisy:

1. AXA Corporate Solutions wystawiona we Francji na firmę SAFAGE S.A. oraz jej spółki filialne (zgodnie z tłumaczeniem biegłego przysięgłego) o numerze XFR0050719LI na kwotę 1 500 000 euro, oraz
2. Generali T.U. S.A. wystawiona na w Polsce na Conseko na kwotę ubezpieczenia 1 000 000 PLN wraz z dowodem uiszczenia składki od polisy.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał wykonawcę Conseko, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia (uzupełnienia) oświadczeń złożonych w raz z ofertą w zakresie m.in. przedłożonych polis ubezpieczeniowych. W wezwaniu Zamawiający wskazywał, że polisa ubezpieczeniowa AXA spełnia warunek minimalnej kwoty 1 500 000 zł, jednakże nie wynika z niej że wykonawca jest nią również objęty. Dlatego też Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów, które będą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.2.c) SIWZ, w szczególności potwierdzające, że firma Conseko posiadała na dzień złożenia oferty opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą w SIWZ kwotę. Jednocześnie zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywał do złożenia – zgodnie z pkt 10.4.c) SIWZ, dokumentu potwierdzającego opłacenie składki/raty na ubezpieczenie w AXA.

Conseko, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty, pismem z dnia 11 października 2010 roku, uzupełniło ofertę o aneks nr 2 do umowy ubezpieczenia z GENERALI T.U. S.A. o podwyższeniu kwoty ubezpieczenia oraz informację tego towarzystwa ubezpieczeniowego o uiszczeniu składki na to ubezpieczenie, oraz złożył dowód uiszczenia składki na ubezpieczenie z AXA Corporate Solutions za Safage S.A. i jej spółek filialnych na całym świecie. Jednocześnie Conseko złożyło wyjaśnienia, co do podmiotowego zakresu ochrony ubezpieczeniowej polisy AXA Corporate Solutions, iż jako że firma Safage S.A. jest jedynym udziałowcem – właścicielem spółki Conesko, to jest on objęty przedstawionym wraz z ofertą ubezpieczeniem. Wykonawca został wybrany w postępowaniu, a z taką decyzją nie zgodził się Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. pomimo iż, wykonawca ten nie udowodnił, iż posiada najpóźniej na dzień składania ofert, opłacone na kwotę minimum 1500 000 zł,

ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, obejmujące wykonawcę, w zakresie działalności związanej w wykonaniem zamówienia.

Uznano w zakresie zarzutu, że złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą *Zaświadczenie o ubezpieczeniu* Safage S.A. i jej spółek filialnych wskazujące na numer polisy XFR0050719LI oraz złożone wraz ze zgłoszeniem sprzeciwu *Świadectwo Ubezpieczenia*, z którego wynika wprost, że EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. jest objęte polisą o numerze XFR0050719LI, a także uzupełniony dowód opłacenia rzeczony polisy wyczerpuje obowiązek złożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia wraz z dowodem opłacenia ubezpieczenia.

Odwołujący nie przedstawił kontrdowodu, że ubezpieczenie nie obowiązuje na terytorium RP, a także że Przystępujący Conseko nie był ubezpieczeniem objęty w terminie składania ofert. Nie można więc stwierdzić, że ubezpieczenie na terytorium RP nie obowiązuje czy też, że nie obejmowało Przystępującego w dacie składania ofert.

Przystępujący wskazywał konsekwentnie, że jako spółka zależna objęty jest, zgodnie ze złożonym dokumentem ubezpieczeniowym, ubezpieczeniem w ramach grupy kapitałowej. Safage S.A. jest właścicielem i jedynym akcjonariuszem spółki Conseko, co wynika wprost ze złożonego przez Conseko odpisu KRS. W ocenie składu orzekającego jest to wystarczający dowód na istnienie powiązań kapitałowych między firmami. Odwołujący nie wskazał innych argumentów, które przemawiałyby za tym, iż powiązania takie nie istnieją czy też nie pozwalają na stwierdzenie, że Conseko jest na tyle samodzielną jednostką, że nie jest objęty ubezpieczeniem w ramach ubezpieczenia firmy Safage S.A.

W okolicznościach ubezpieczenia generalnego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i na powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś korzystają z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub złożone przez Przystępującego Conseko *Świadectwo Ubezpieczenia*. Dokumenty złożone przez Przystępującego (z ofertą, w wyniku uzupełnienia oraz jako dowód na rozprawie) należy uznać za równoważne wykazania spełnienia warunku udziału postawianego przez Zamawiającego w zakresie wymaganej opłaconej polisy, którą Przystępujący jest objęty.

W zakresie odnoszącym się do polisy AXA Odwołujący nie postawił zarzutu dotyczącego zakresu polisy nie pokrywającego się z przedmiotem zamówienia. Dlatego też Izba pozostawiła bez rozpoznania w tym zakresie kwestie podnoszone przez Przystępującego w zgłoszeniu sprzeciwu.

W odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego oraz powtórzonych w zgłoszeniu sprzeciwu, Izba pragnie zauważyć, iż nie podziela stanowiska Conseko co do możliwości udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci swojej zdolności ekonomicznej i w tym zakresie przychyliła się do argumentacji Odwołującego. Po pierwsze Izba wskazuje, że posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie mieści się w zakresie wykazywania się zdolnością finansową przez wykonawcę (tak podnosił Przystępujący). Posiadane ubezpieczenie wskazuje na zdolność ekonomiczną wykonawcy a ta na mocy art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp podlega wyłączeniu spod dyspozycji niniejszego artykułu. Po drugie zaś, jak wyraźnie wskazuje art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich dotyczy tylko niektórych warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ustawy Pzp i nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz dysponowania potencjałem ekonomicznym. W tym zakresie wymagane jest, aby to wykonawca samodzielnie wykazał się, że spełnia warunki postawione przez Zamawiającego.

Jednakże w przedmiotowej sprawie Izba uznała, iż Wykonawca Conseko, nawet jeżeli złożył oświadczenie o tym, iż w zakresie potencjału finansowego będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. firmy Safage S.A., składając kwestionowaną polisę AXA nie polegał na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznej ale wskazywał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jako podmiot wchodzący w skład określonej grupy kapitałowej. Izba podkreśla, iż inna interpretacja art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w zakresie zdolności ekonomicznej nie znajduje uzasadnienia w dosłownym brzmieniu przepisów ustawy i w ocenie składu orzekającego wykonawca nie może wykazywać się określoną zdolnością ekonomiczną bazując na potencjale podmiotu trzeciego. W przypadku rozpatrywanego odwołania Izba oddaliła zarzut podnoszony przez Odwołującego jedynie z uwagi na powiązania kapitałowe wynikające z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów, które pozwoliły w ocenie Izby udowodnić Przystępującemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutów skierowanych w stosunku do polisy GENERALI T.U. S.A. Przystępujący przyznał na rozprawie, iż prawdziwe są ustalenia poczynione przez Zamawiającego, że aneks do polisy został opłacony dopiero w dniu 7 października 2010 roku oraz, że zakres polisy nie obejmuje usług projektowania, które wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej w odwołaniu, iż tym dokumentem Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania opłaconego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 1 500 000 zł. Jednakże skoro Izba uznała, iż

wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału już poprzez złożenie polisy AXA, to uwzględnienie tego zarzutu nie ma znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia i wyniku postępowania ponieważ nie pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia, co zaś prowadzi do wniosku, iż ze względu na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu.

Skoro zaś nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, to nie można również uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp z tych względów, iż skoro wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania, to nie można uznać, że w tym zakresie jego oferta podlegała odrzuceniu. W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp ponieważ w żaden sposób nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego, który wniósł sprzeciw, na podstawie rachunków przedłożonych na rozprawie.

Przewodniczący:

.....