

Sygn. akt: KIO/UZP 1702/09

WYROK
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie, 00-906 Warszawa, ul. Ratuszowa 7/9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", 00-906 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 1** protestu z dnia 27 października 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie, 00-906 Warszawa, ul. Ratuszowa 7/9** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie, 00-906 Warszawa, ul. Ratuszowa 7/9,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pocztowego Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie, 00-906 Warszawa, ul. Ratuszowa 7/9.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe PORTY LOTNICZE w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Ubezpieczenie majątku i ryzyk P.P. "Porty Lotnicze" na rok 2010*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich dnia 17.10.2009 roku, pod numerem 2009/S 201-289812.

Dnia 27 października 2009 roku (pismo z dnia 26 października 2009 roku) wykonawca Pocztove Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie wniósł protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;
- art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim warunki te wykluczają możliwość uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmioty, które spełniają wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a które jedynie nie spełniają wymogu posiadania kapitału własnego powyżej 200.000.000 zł (dwustu milionów zł).

Wobec powyższego Protestujący zażądał zmiany s.i.w.z.:

- 1) punktu 4.1.b przez zastąpienie zakwestionowanego zapisu w ten sposób, że:

"Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj. wykażą, że w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali lub realizują co najmniej następujące zamówienia odpowiednio dla zadań na które złożyć ofertę:

- dla zadania 1-3 zamówienia na ubezpieczenie majątku o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 zł (słownie złotych: sto milionów). Gdy wartość ubezpieczonego majątku zostanie wskazana w ofercie w walucie innej niż PLN, dla ustalenia czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu podana wartość zostanie przeliczona na PLN wg średniego kursu NBP z dnia, w którym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o niniejszym zamówieniu - dla zadania 2 - przynajmniej jedno zamówienie na ubezpieczenie lotnicze - tj. np.: statków powietrznych lub OC portów lotniczych lub OC działalności lotniczej.";

2) punktu 4.1.c przez zastąpienie zakwestionowanego zapisu w ten sposób, że:

„Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia tj.: na dzień 30.06.2009 r. posiadali kapitały własne nie mniejsze niż 20 000 000 zł (słownie złotych: dwadzieścia milionów) ”.

Pismem z dnia 5 listopada 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż wymagany przez Zamawiającego minimalny poziom wartości ubezpieczonego mienia określony w punkcie 4.1.b SIWZ koreluje z wartością możliwej maksymalnej szkody oszacowanej przez Zamawiającego na podstawie łącznej wartości Terminali 1 i 2 zlokalizowanych w Porcie Lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie, które ze względu na uwarunkowania architektoniczne stanowią jeden obiekt (ze względu na specyfikę działalności u Zamawiającego nie występuje rozproszenie ryzyka). Ponadto zważywszy na całkowitą wartość ubezpieczonego majątku tj.: 1.480.932.765,46 PLN (słownie: jeden miliard czterysta osiemdziesiąt milionów dziewięćset trzydzieści dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć 46/100 PLN) oraz sumę ubezpieczenia utraty zysku w Porcie Lotniczym Warszawa tj.: 396.602.406,00 PLN (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt sześć milionów sześćset dwa tysiące czterysta sześć PLN 00/100) postawione wymagania zostały określone na racjonalnym poziomie, potwierdzającym niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Co za tym idzie wykazanie przez Wykonawcę doświadczenia w ubezpieczeniu 3 zadań o wartości, co najmniej 100.000.000 PLN nie jest równoznaczne z wykazaniem posiadania przez Wykonawcę wystarczającej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób do realizacji zadania, którego przedmiotem jest ubezpieczenie mienia zamawiającego o wartości określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się także z wnioskiem Protestującego o zmianę warunku, którego spełnienie pozwalałoby na złożenie oferty ubezpieczenia w zakresie realizacji zadania

drugiego - ubezpieczenia OC Zamawiającego. Zgodnie z pkt 4.1. b tiret drugie SIWZ Zamawiający wymaga, by Wykonawcy wykazali, iż posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawili pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj.: w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, zrealizowali lub byli w trakcie realizacji co najmniej trzech zamówień na ubezpieczenia lotnicze np.: statków powietrznych lub OC portów lotniczych lub OC działalności lotniczej. W świetle orzecznictwa KIO wymóg postawiony w tym zakresie przez Zamawiającego jest wymogiem wystarczającym do oceny potencjału technicznego, osobowego, wystarczającej wiedzy i doświadczenia potencjalnego Wykonawcy w przeciwieństwie do wylegitymowania się realizacją zaledwie jednego zadania, które sugerowałby raczej incydentalny charakter realizacji ubezpieczeń OC w sektorze lotniczym.

Postanowienie s.i.w.z. zawarte w punkcie 4.1.c dotyczące wymogu posiadania przez Wykonawcę kapitałów własnych (na koniec 1 półrocza 2009 r.) nie mniejszych niż 200.000.000 PLN (słownie: dwieście milionów 00/100 PLN) stanowi dla Zamawiającego dodatkowe zabezpieczenie, potwierdzające zdolności Wykonawcy do wywiązania się ze zobowiązania wynikającego z umowy ubezpieczenia mienia i OC o wartościach wskazanych w SIWZ z uwagi na fakt, że Zamawiający nie jest stroną umów reasekuracyjnych, a tym samym nie ma wpływu na kształtowanie ich warunków, które stanowią o faktycznej możliwości realizacji przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z zawartych umów ubezpieczenia. Ponadto w związku z kryzysem gospodarczym, który dotknął również podmioty sektora finansowego, w tym towarzystwa ubezpieczeniowe, jak również mając na uwadze argumentację zawartą powyżej, Zamawiający dla zapewnienia swojego bezpieczeństwa, wprowadził wymóg posiadania minimalnych kapitałów własnych na poziomie 200.000.000 PLN (słownie: dwieście milionów 00/100 PLN).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 16 listopada 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty jak w proteście wnosząc o:

1. Nakazanie Zamawiającemu podjęcie czynności polegających na:

- a) zmianie kwestionowanego przez Odwołującego punktu 4.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie go zapisem *"posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do*

wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj. wykażą; że w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, zrealizowali lub realizują co najmniej następujące zamówienia odpowiednio dla zadań, na które złożyć ofertę:

- dla zadania 1-3 zamówienia na ubezpieczenie majątku o wartości nie mniejszej niż 100.000.000 zł (słownie złotych: sto milionów). Gdy wartość ubezpieczonego majątku zostanie wskazana w ofercie w walucie innej niż PLN, dla ustalenia czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu podana wartość zostanie przeliczona na PLN wg średniego kursu NBP z dnia, w którym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o niniejszym zamówieniu,
- dla zadania 2-przynajmniej jedno zamówienie na ubezpieczenie lotnicze -tj. np.: statków powietrznych lub OC portów lotniczych lub OC działalności lotniczej",

b) zmianie kwestionowanego przez Odwołującego punktu 4.1.c specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zastąpienie go zapisem: *"Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia tj.: na dzień 30.06.2009 r. posiadali kapitały własne nie mniejsze niż 20.000.000 zł (słownie złotych: dwadzieścia milionów)"*,

2. Orzeczenie o kosztach postępowania według właściwych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 r. Nr 128, poz. 886).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dopuszczając dowód z opinii nt. warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 7 grudnia 2009 roku wystawionej przez dr hab. Wojciecha Bijaka z Instytutu Ekonometrii SGH w Warszawie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na „*Ubezpieczeniu majątku i ryzyk P.P. "Porty Lotnicze" na rok 2010*”.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, punkty 4.1.b i 4.1.c określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

- 1) *Zamawiający wymaga, aby wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj.: wykażą, że w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali lub realizują, co najmniej:*
 - *dla zadania 1-3 zamówienia na ubezpieczenie majątku o wartości nie mniejszej niż 800.000.000 PLN (słownie: osiemset milionów PLN 00/100) u jednego ubezpieczającego każde (...),*
 - *dla zadania 2-3 zamówienia na ubezpieczenie lotnicze – tj. np.: statków powietrznych lub OC portów lotniczych lub OC działalności lotniczej,*
- 2) *Zamawiający wymaga, aby wykonawcy znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia, tj.: na dzień 30.06.2009 r. posiadali kapitały własne nie mniejsze niż 200.000.000,- PLN (słownie: dwieście milionów zł 00/100).*

Obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie takich warunków udziału w postępowaniu, które zapewniają dostęp do możliwości składania ofert, wykonawcom zdolnym wykonać dane zamówienie terminowo i w należyty sposób. Zamawiający ma obowiązek w ogłoszeniu, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawrzeć taki opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

Prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia jest obowiązkiem zamawiającego, w stosunku do wszystkich warunków determinujących ten udział. Stosownie do postanowień art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Punkt 3 w/w przepisu stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zdaniem Izby, warunki udziału w postępowaniu, skonkretyzowane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie naruszają przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niedopuszczalnym jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, że jeżeli Zamawiający pragnie uzyskać usługi najwyższej jakości, o najwyższym stopniu bezpieczeństwa, nie może postawić odpowiednio wysokich żądań.

Przepis art. 22 ustawy Pzp określa jedynie minimalne warunki podmiotowe udziału wykonawców w postępowaniu, a rolą Zamawiającego jest doprecyzowanie warunków udziału, jakie muszą spełniać wykonawcy w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Zadaniem zamawiającego jest doprecyzowanie warunków w tym zakresie w sposób odpowiadający specyfice pozyskiwanych usług.

W przypadku zamówienia na usługę ubezpieczeniową należy mieć na względzie fakt, że określając warunki udziału w postępowaniu należy wykazać szczególną staranność, ponieważ jakość pozyskanego produktu i potencjał finansowy dostarczającego go wykonawcy może

mieć istotny wpływ na samo prowadzenie działalności przez Zamawiającego, jak również na jego bezpieczeństwo finansowe w sytuacji powstania szkody. Pozyskane przez Zamawiającego ubezpieczenia mają być dla niego gwarancją zabezpieczenia finansowego w przypadku zmaterializowania się szkody.

Zamawiający określił stosowne do potencjalnych ryzyk warunki, możliwe do spełnienia przez wykonawców z rynku ubezpieczeniowego, mając na względzie zabezpieczenie swoich interesów wynikających z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej.

Izba zwraca uwagę, że z uwagi na prowadzenie głównej działalności w strefie granicznej Zamawiający jest podmiotem newralgicznym dla gospodarki Państwa. Istotne jest zabezpieczenie kluczowej dla działalności zarządzającego portem lotniczym kwestii, jaką jest obowiązkowe ubezpieczenie OC operatora portu lotniczego oraz ubezpieczeń majątkowych, niezbędnych ze względu na skalę potencjalnych szkód, wynikającą z rodzaju prowadzonej działalności, której kluczowym aspektem jest zapewnienie ciągłości operacyjnej funkcjonowania lotniska i zapewnienie bezpieczeństwa ruchu lotniczego międzynarodowego i krajowego.

W związku z tym, że charakter prowadzonej działalności, polegającej na obsłudze transportu lotniczego determinuje rodzaj i wartość posiadanego majątku należy podkreślić, że pojedyncze zdarzenie/incydent lotnicze może skutkować istotną wartościowo szkodą zarówno w majątku Zamawiającego jak i innych podmiotów rynku lotniczego, prowadzących działalność na terenie portów lotniczych, w tym przewoźników lotniczych krajowych i zagranicznych oraz osób prywatnych będących konsumentami usług dostarczanych przez tenże rynek.

Zaistnienie takiego zdarzenia może także skutkować koniecznością przerwania działalności Zamawiającego, a co za tym idzie utratą zysku jak również odpowiedzialnością cywilną Zamawiającego wobec osób trzecich za ich roszczenia z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia.

Zdaniem Izby, wymagany przez Zamawiającego minimalny poziom wartości ubezpieczanego mienia określony w punkcie 4.1.b s.i.w.z. koreluje z wartością możliwej maksymalnej szkody oszacowanej przez Zamawiającego na podstawie łącznej wartości Terminali 1 i 2 zlokalizowanych w Porcie Lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie, które ze względu na uwarunkowania architektoniczne stanowią jeden obiekt (ze względu na specyfikę działalności u Zamawiającego nie występuje rozproszenie ryzyka). Jak wskazał Zamawiający całkowita wartość ubezpieczanego majątku to kwota: 1.480.932.765,46 PLN

(słownie: jeden miliard czterysta osiemdziesiąt milionów dziewięćset trzydzieści dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt pięć 46/100 PLN), a suma ubezpieczenia utraty zysku w Porcie Lotniczym Warszawa: 396.602.406,00 PLN (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt sześć milionów sześćset dwa tysiące czterysta sześć PLN 00/100).

Postawione wymagania, zdaniem Izby, zostały określone na racjonalnym poziomie, potwierdzającym niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Co za tym idzie wykazanie przez Wykonawcę doświadczenia w ubezpieczeniu 3 zadań o wartości, co najmniej 100.000.000 PLN nie jest równoznaczne z wykazaniem posiadania przez Wykonawcę wystarczającej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób do realizacji zadania, którego przedmiotem jest ubezpieczenie mienia zamawiającego o wartości określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie drugiego z kwestionowanych warunków, Izba w pełni podziela pogląd Zamawiającego, iż to Zamawiający ma obowiązek wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym) eksperymentem czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności. Doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień, gdzie za każdym razem mogą wystąpić odmienne realia, to jest odmienne okoliczności wpływające na bardziej, czy mniej zakłócony przebieg realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu okoliczności, że warunki rynku, na którym działają wykonawcy ulegają zmianom w czasie. Przy jednym skutecznie wykonanym zamówieniu akurat mogą nie wystąpić wszystkie potencjalnie niesprzyjające okoliczności do wykonania zamówienia, których w praktyce prowadzonej działalności jest szereg, takich jak: ekonomiczne, finansowe, kadrowe, organizacyjne, transportowe, pogodowe, gospodarcze, ubezpieczeniowe, wewnętrzne, zewnętrzne, makroekonomiczne i mikroekonomiczne. Wiadomym jest, że wykonawca funkcjonuje w otoczeniu szeregu elementów, zależnych bądź niezależnych, które umożliwiają bądź uniemożliwiają wykonanie prawidłowo zamówienia. Każdy wykonawca w swojej praktyce napotyka na bardziej lub mniej sprzyjający okres do realizacji zamówień.

Dlatego w ocenie Izby, postawienie wymogu wykonania trzech zamówień nie jest wymogiem nadmiernym.

W zakresie zaś warunku dotyczącego obowiązku wykazania się kapitałem własnym na poziomie minimum 200 000 000,00 zł, Izba w pełni popiera stanowisko Zamawiającego wyrażone w opinii z dnia 7 grudnia 2009 roku.

W ubezpieczeniach najważniejszym elementem jest pewność ochrony ubezpieczeniowej rozumiana jako zdolność zakładu ubezpieczeń do wywiązania się z przyjętych zobowiązań ubezpieczeniowych, uposażonych lub uprawnionych z tytułu zawartych umów ubezpieczenia, w sytuacji, gdy dojdzie do przewidzianego w umowie zdarzenia.

Zasadność wprowadzenia warunku określonego w pkt 4.1.c wynika z faktu dużej koncentracji ryzyka o znacznej wartości w P.P. Porty Lotnicze. Z opisu poszczególnych rodzajów ryzyka w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że w przypadku dużej katastrofy dojdzie prawdopodobnie do kumulacji szkód i obciążenia wielu linii ubezpieczeń jednocześnie.

Określenie poziomu bezpieczeństwa, a tym samym kapitałów własnych polega na oszacowaniu m.in. skutków finansowych zaistnienia pojedynczego ryzyka i zdolności przyjęcia go przez zakłady ubezpieczeń.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż stanowisko Odwołującego, iż dobra kondycja finansowa ubezpieczyciela pozostaje pod kontrolą organu nadzoru i w żaden sposób nie jest związana z poziomem kapitału własnego, a tylko z wynikami technicznymi związanymi z poziomem marginesu wypłacalności i poziomem pokrycia rezerw, pozostaje w błędzie gdyż:

- 1) cały zakład ubezpieczeń podlega kontroli organu nadzoru, a nie tylko kondycja zakładu,
- 2) organ nadzoru nie informuje opinii publicznej o zakładach ubezpieczeń będących w złej kondycji finansowej,
- 3) kondycja finansowa jest bezpośrednio związana z poziomem kapitałów własnych, o czym świadczy, np. waga przywiązywania kapitałów własnych przez agencje ratingowe oraz doświadczenia światowego rynku ubezpieczeniowego w zakresie trwającego kryzysu, pokazujące znaczenie kapitałów w zapewnieniu działania zakładom ubezpieczeń,
- 4) o kondycji finansowej tylko w pewnej części decyduje działalność techniczna.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż Zamawiający w sposób aktywny i świadomy zarządza ryzykiem, wskazując, że zainteresowany jest m.in. finansowaniem umowy ubezpieczenia dużych strat w przypadku zmaterializowania się szkody. Zabezpieczeniu realizacji tego, jakże ważnego i zdaje się zauważać priorytetowego celu,

zdaniem Izby służą odpowiednio skonstruowane i sprecyzowane warunki udziału w postępowaniu.

Izba niezgadza się również z zarzutem naruszenia art. 15 ust. 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W/w przepisy stanowią, iż *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178, z 2000 r. Nr 86, poz. 958 i Nr 114, poz. 1193, z 2001 r. Nr 49, poz. 509, Nr 67, poz. 679, Nr 102, poz. 1115 i Nr 147, poz. 1643, z 2002 r. Nr 1, poz. 2, Nr 115, poz. 995 i Nr 130, poz. 1112 oraz z 2003 r. Nr 86, poz. 789 i Nr 128, poz. 1176), dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² po cenie nieuwzględniającej marży handlowej, z zastrzeżeniem ust. 5”*, oraz *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”*, co w kontekście stanowiska Odwołującego zawartego w odwołaniu, iż *doszło do ograniczenia konkurencji potencjalnych oferentów jedynie do ośmiu spośród trzydziestu pięciu zakładów ubezpieczeń posiadających uprawnienia zgodnie z przepisami do ubezpieczenia majątku oraz innych ryzyk* pozostaje w sprzeczności do wyżej cytowanego przepisu i z całą pewnością nie przeświadcza o jego naruszeniu.

Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku. Podobnie wypowiedział się skład orzekający Izby w wyroku z 23 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 169/09.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Izby nie potwierdził się żaden ze stawianych Zamawiającemu zarzutów, w związku z czym Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....