

WYROK
z dnia 23 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych

przy udziale wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Modernizacja kotła bloku nr 7, 2, 1 – odpowiednio w 2018, 2019 i 2020 r.” (nr ref. KZP-PT.2103.2.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 164-375710. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 13 listopada 2018 r. wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Zakładów Remontowych Energetyki Katowice S.A. (dalej „ZRE Katowice S.A.”) lub też odrzucenia oferty złożonej w ww. postępowaniu przez spółkę ZRE Katowice S.A., co do której istniały podstawy do jej wykluczenia oraz która była niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wybór złożonej oferty ww. podmiotu jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b pkt. 2 w zw. z art. 38 Ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia ZRE Katowice S.A. ze względu na niewykazanie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VII. Pkt 7.1.2. Części I SIWZ (zmienionych w ramach wyjaśnień treści SIWZ udzielonych w dniu 25 września 2018 r. - odpowiedź na pytanie 93) poprzez przedstawienie przez ZRE Katowice S.A. niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej zdolność finansową ZRE Katowice S.A., obejmującą swym zakresem oprócz ZRE Katowice S.A. także inne podmioty, której łączna wartość w odniesieniu do wszystkich wskazanych w niej podmiotów wynosi 25.000000,00 zł, co nie daje zabezpieczenia w odniesieniu do ZRE Katowice S.A. na poziomie ww. kwoty, co było warunkiem składania ofert w niniejszym postępowaniu;

2.art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez Zamawiającego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający dokona wykluczenia wykonawcy ZRE Katowice S.A., ewentualnie odrzucenia oferty

wykonawcy ZRE Katowice S.A. oraz o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności odpowiedzi na pytania wykonawców udzielonych przez Zamawiającego w dniu 25 września 2018 r., oferty złożonej w postępowaniu przez ZRE Katowice S.A., a także dokumentów przedłożonych przez ZRE Katowice S.A. w piśmie datowanym na 24 października 2018 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 października 2018 r.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania ponieważ złożył w postępowaniu ofertę, która stanowiła drugą najkorzystniejszą ofertę. Tym samym odrzucenie oferty złożonej przez ZRE Katowice S.A. leży w interesie Odwołującego zwiększając jego szanse na uzyskanie zamówienia. Po odrzuceniu oferty ZRE Katowice S.A., oferta złożona przez Odwołującego stanowiłaby bowiem ofertę najkorzystniejszą. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 roku o sygn. C -131/16), interes w uzyskaniu zamówienia należy interpretować szeroko i nie jest konieczne, aby łączyć go bezpośrednio z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym interes w uzyskaniu zamówienia to także możliwość uzyskania danego zamówienia w kolejnym postępowaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b pkt. 2 w zw. z art. 38 Ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż z Rozdziału VII SIWZ pkt. 7.1.2. wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej - wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada dostęp do środków finansowych lub zdolność kredytową, odpowiednią do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej: 30 000 000,00 zł netto oraz jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 40 000 000,00 zł netto. Przy czym Zamawiający udzielając w dniu 25 września 2018 r. odpowiedzi na pytania wykonawców, w trybie art. 38 Ustawy Pzp, w ramach odpowiedzi na pytanie 93 dokonał zmiany ww. kwoty wskazując kwotę minimum 25 000 000,00 zł netto. Analogiczne warunki odnośnie do sumy ubezpieczenia, a następnie zmiany dotyczące ubezpieczenia zostały zawarte we wzorze umowy dołączonym do SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż ZRE Katowice S.A. do oferty dołączyło polisę ubezpieczeniową o wartości 25 000 000,00 zł, jednakże obejmującą ubezpieczeniem oprócz ww. spółki także ZRE Katowice Serwis Sp. z o.o., Turbolab-Diagnostyka Turbin sp. z o.o., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna Oddział w Winnersh, Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna Podružnica Servisni centar. Przedmiotowa polisa ma potwierdzać spełnienie przez wykonawcę wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej stawianych przez Zamawiającego w treści SIWZ. Przedstawiona polisa powinna bowiem opiewać na kwotę nie mniejszą niż 25 000 000,00 zł, co należy zdaniem Odwołującego uznać za wątpliwe w przypadku ZRE Katowice S.A., gdyż z uwagi na objęcie ubezpieczeniem większej ilości podmiotów wymaganie stawiane przez Zamawiającego nie może zostać uznane za spełnione. Polisa przedłożona przez ZRE Katowice S.A. siłą rzeczy nie odzwierciedla sytuacji ekonomicznej i finansowej tej spółki, ale grupy podmiotów, z których jedynie ZRE Katowice S.A. ubiega się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2018 r., KIO 2647/17, w którym wskazano, iż celem żądania przez podmiot zamawiający od wykonawców polisy OC jest wykazanie spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wskazanie, iż wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Zdaniem Odwołującego na podstawie przedstawionego dokumentu nie można zatem uznać, że ZRE Katowice S.A. samodzielnie spełnia wymagania Zamawiającego ponieważ na jego podstawie można ustalić sytuację ekonomiczną i finansową podmiotów objętych ubezpieczeniem, która nie jest i nie może być równoważna z sytuacją ekonomiczną i finansową ZRE Katowice S.A. Jest to tym bardziej istotne, że przedłożona polisa została wystawiona na minimalną kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Można zatem poddać w wątpliwość, że ZRE Katowice S.A. samodzielnie byłaby w stanie wykazać w tym zakresie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji finansowej i ekonomicznej. Z pewnością natomiast przedłożona polisa nie świadczy o spełnieniu stawianych wykonawcom wymagań dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Taki stan rzeczy świadczy o braku wypełnienia przez ZRE Katowice S.A. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu powodując wątpliwości co do sytuacji ekonomicznej i finansowej ww. wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo Izby wskazujące, iż interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiego te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia (wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 162/17). To na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki

określone w art. 22 ust. 1 Ustawy Pzp oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 tej ustawy. Zasadą - przyjętą nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 206. poz. 1591) i obowiązującą - jest obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, poprzez składane dowody w postaci m. in. poświadczeń należytego wykonania zamówień. Zatem ciężar dowodzenia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy (wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r., KIO 1714/17). W ocenie Odwoływającego interpretując warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu poprzez kryterium celu, którym będzie tutaj ustalenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy należy uznać, iż ww. polisa nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a tym samym ZRE Katowice S.A. nie udowodniła, iż spełnia warunki niezbędne do ubiegania się o zamówienie, jednocześnie nie podlegając wykluczeniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. III SIWZ (Wzorzec umowy) § 10 pkt. 5 dodatkowo precyzuje, że w przypadku wykonawców działających wspólnie (w ramach np. konsorcjum) wymóg dotyczący sumy gwarancyjnej i zakresu ubezpieczenia OC odnosi się do każdego ze wspólnie działających wykonawców z osobna, tzn. każdy z nich zobowiązany jest do posiadania ochrony w zakresie odpowiedzialności cywilnej z wymaganą sumą gwarancyjną oraz zakresem, co można również odnieść do niniejszej sytuacji, gdzie w przypadku zawierania polisy obejmującej kilka podmiotów kwota ubezpieczenia powinna stanowić wielokrotność kwoty 25 000 000,00 zł, nie zaś jej równowartość.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwoływającego należy uznać, że przedstawiona polisa nie spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż zgodnie z nimi to wykonawca winien być ubezpieczony na kwotę 25 000 000,00 zł nie zaś grupa podmiotów, w szczególności gdy nie uczestniczą one w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jednoznacznie powinno prowadzić do wykluczenia spółki ZRE Katowice S.A. z prowadzonego postępowania, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie uczynił naruszając tym przepisy Ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż zasady prowadzenia postępowania określone w ww. przepisie nakładają na Zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zakazane jest zatem stosowanie różnych wymagań w odniesieniu do poszczególnych wykonawców składających oferty w postępowaniu. W ocenie Odwoływającego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób specjalny potraktował ZRE Katowice S.A. nie stosując do tego Wykonawcy wymagań sformułowanych w SIWZ oraz w ramach odpowiedzi na pytanie 93 udzielonej przez Zamawiającego w dniu 25 września 2018 r., które powinno mieć moc wiążącą w odniesieniu do wszystkich wykonawców. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2018 r. w sprawie KIO 547/18, gdzie wskazano, iż SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którym zamawiający i wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są związani. Zamawiający nie może po otwarciu ofert odstąpić od swoich wymagań, gdyż powinien ich bezwzględnie przestrzegać. Wymagają tego zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Wybiórcze traktowanie poszczególnych Wykonawców stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wszystkich wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba dokonała oceny czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w Ustawie Pzp 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 Ustawy Pzp. Mając na względzie, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie sposób odmówić Odwoływającemu interesu w uzyskaniu zamówienia - wyeliminowanie z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej na skutek orzeczenia KIO powodowałoby, iż wynik przetargu pozostawałby otwarty, oferta Odwoływającego jest zaś ofertą drugą pod względem uzyskanej punktacji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp zostały przez Odwoływającego wypełnione.

Na posiedzeniu w dniu 23 listopada 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, dopuszczając ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacje, pytania kierowane przez wykonawców w zakresie treści SIWZ i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego w dniu 26 października 2018 r. (w tym polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej), informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba uwzględniła również stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 23 listopada 2018 roku. Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony i Uczestnika stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem punktu 7.1.2.2. Rozdział VII Część I SIWZ – Instrukcja Dla Wykonawców („IDW”) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: posiada dostęp do środków finansowych lub zdolność kredytową odpowiednią do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej: 30 000 000,00 zł netto. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia informację może złożyć jeden lub kilka podmiotów łącznie spełniających powyższy warunek (pkt 7.1.2.2.1); jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 40 000 000,00 zł netto (punkt 7.1.2.2.2). W punkcie 9.4. Rozdział IX Część I SIWZ – IDW Zamawiający wskazał, iż przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, w tym zgodnie z punktem 9.4.6.2 dla warunku, o którym mowa w punkcie 7.1.2.2.2. IDW, dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W Części III SIWZ – Wzór umowy, § 10 ust. 1 wskazano, iż „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania ogólnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności z sumą ubezpieczenia nie niższą niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia. Kopia polisy ubezpieczeniowej stanowi załącznik nr 5 do Umowy. Ilekroć w zdaniu poprzedzającym jest mowa o sumie ubezpieczenia (sumach ubezpieczenia) należy je każdorazowo interpretować w odniesieniu do jednego i wszystkich zdarzeń w okresie ubezpieczenia.” Z kolei w § 10 ust. 5 Wzoru umowy wskazano, iż w odniesieniu do wykonawców działających wspólnie (w ramach np. konsorcjum) wymóg dotyczący ubezpieczenia OC powinien zostać spełniony w następujący sposób: „5.1. W przypadku zawarcia jednostkowego ubezpieczenia OC przeznaczonego wyłącznie do ochrony szkód związanych z realizacją umowy, zawartego na okres realizacji umowy przedłużony o cały podstawowy okres gwarancji i rękojmi, którym objęci byliby także wszyscy wspólnie działający wykonawcy jako ubezpieczeni – wymóg dotyczący wysokości sumy gwarancyjnej stosuje się do jednostkowej umowy ubezpieczenia; 5.2. W innym przypadku wymóg dotyczący sumy gwarancyjnej i zakresu ubezpieczenia OC dotyczy każdego ze wspólnie działających Wykonawców z osobna, tzn. każdy z nich zobowiązany jest do posiadania ochrony w zakresie odpowiedzialności cywilnej z wymaganą sumą gwarancyjną oraz zakresem.” W § 10 ust. 7 Wzoru umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do dostarczenia mu dokumentu ubezpieczenia wraz z mającymi do nich zastosowanie warunkami, potwierdzające, że wymagane ubezpieczenia zostały zawarte i są obowiązujące wraz z dowodami, że są prawidłowo opłacane, nie później niż 14 dni kalendarzowych przed planowanym terminem przekazania placu budowy.

W dniu 25 września 2018 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców co do treści SIWZ, w tym na pytanie nr 93 dotyczące Rozdziału VII pkt 1.2.2.2 SIWZ Część I – IDW, które brzmiało: „Jako warunek udziału w postępowaniu wymagana jest polisa OC na kwotę minimum 40 000 000,00 PLN. Proponujemy zmniejszyć sumę ubezpieczenia do 25 000 000,00 PLN.” W odpowiedzi Zamawiający oświadczył, iż dokona stosownej zmiany SIWZ, o której to zmianie poinformował wykonawców pismem z dnia 25 września 2018 r. W efekcie punkt 7.1.2.2.2 Części I SIWZ – IDW, Rozdział VII otrzymał brzmienie: „jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 25 000 000,00 zł netto.” Analogicznie zmieniono brzmienie Części III SIWZ – Wzór umowy - § 10 „Ubezpieczenie” ust. 1 otrzymał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany

jest do posiadania ogólnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanej działalności z sumą ubezpieczenia nie niższą niż 25 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia. Kopia polisy ubezpieczeniowej stanowi załącznik nr 5 do Umowy. Ilekroć w zdaniu poprzedzającym jest mowa o sumie ubezpieczenia (sumach ubezpieczenia) należy je każdorazowo interpretować w odniesieniu do jednego i wszystkich zdarzeń w okresie ubezpieczenia.”

W postępowaniu wpłynęły oferty trzech wykonawców, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego, o czym Zamawiający powiadomił w informacji o otwarciu ofert z dnia 12 października 2018 r. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 51 081 900,00 zł, a Przystępujący za cenę brutto 47 933 100,00 zł. Obaj wykonawcy zaoferowali taki sam termin gwarancji, który był drugim, oprócz ceny, kryterium oceny ofert. Trzeci wykonawca zaoferował cenę najwyższą przy takim samym okresie gwarancji.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2018 r. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, Przystępujący w dniu 26 października 2018 r. złożył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr PO/00777705/2017. W treści polisy jako ubezpieczający wskazany został Przystępujący. Jako ubezpieczonych wskazano kolejno: Przystępującego, ZRE Katowice Serwis Sp. z o.o., Turbolab-Diagnostyka Turbin Sp. z o.o., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A Oddział w Winnersh, Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. Podręcznica Servisni centar (Oddział). Dodatkowo lokalnym ubezpieczonym był Euroenergetika d.o.o. Okres ubezpieczenia określono od 1 października 2017 r. do 30 września 2018 r. Suma ubezpieczenia określona została na kwotę 25 000 000 PLN na jeden i wszystkie wypadki. Wraz z polisą Przystępujący złożył Aneks z dnia 26 września 2018 r. przedłużający jej ważność do dnia 30 listopada 2018 r.

W dniu 31 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Przystępującego, która spełnia wszystkie wymogi SIWZ i uzyskała najwyższą liczbę punktów w świetle kryteriów oceny ofert. Drugą w kolejności, pod kątem liczby uzyskanych punktów w kryteriach oceny ofert, była oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i 1b w zw. z art. 38 Ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny. Odwołujący wywodził niespełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.2.2.2 Części I SIWZ – IDV wyłącznie z faktu, iż z polisy OC złożonej przez Przystępującego wynikało objęcie ubezpieczeniem kilku podmiotów, z których tylko Przystępujący brał udział w postępowaniu. Okoliczność objęcia ubezpieczeniem również innych podmiotów niż Przystępujący była w postępowaniu bezsporna i wynikała wprost z treści polisy OC złożonej przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego. Natomiast w ocenie Izby okoliczność ta samoistnie nie przesądzała o tym, iż Przystępujący nie jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę wymaganą w SIWZ. Z treści polisy OC wynikało, iż suma gwarancyjna określona na 25 000 000 zł, to suma na jeden i wszystkie wypadki. Oznacza to, że każdy ubezpieczony (z zastrzeżeniem ewentualnych sublimitów) pozostaje ubezpieczony na całą sumę gwarancyjną. Odwołujący nie wskazywał, aby w treści polisy zostały sformułowane jakiegokolwiek sublimity tudzież inne ograniczenia sumy gwarancyjnej w odniesieniu do Przystępującego.

Równie istotna w tym kontekście jest okoliczność, iż w treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie zawarł ograniczenia, iż wykonawca posiadać musi polisę OC na sumę gwarancyjną, o którą nie mógł konkurować z innymi współubezpieczonymi. Wobec niepostawienia przez Zamawiającego w SIWZ szczegółowych wymagań co do możliwości skorzystania przez wykonawcę na zasadzie wyłączności z sumy ubezpieczenia, nie stanowi powodu dla kwestionowania tej polisy OC fakt objęcia sumą ubezpieczenia dodatkowo innych podmiotów (por m.in. wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 1059/18, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 179/15). Z treści punktu 7.1.2.2.2 Części I SIWZ – IDW wynikał jedynie obowiązek posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w określonym zakresie i w określonej wysokości. Bardziej szczegółowe wymogi w zakresie ubezpieczenia OC Zamawiający określił w § 10 Wzoru umowy, jednakże dotyczyły one ubezpieczenia wymaganego na etapie realizacji umowy, nie zaś dokumentu ubezpieczenia składanego przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tym drugim przypadku przedstawiany Zamawiającemu dokument ubezpieczenia siłą rzeczy nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, lecz potwierdzeniu, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w wysokości określonej przez Zamawiającego, a przez to znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2444/17. W konsekwencji nie zasługuje na

uwzględnienie także argumentacja Odwołującego przedstawiana na rozprawie odnośnie hipotetycznej możliwości częściowej konsumpcji polisy, tym bardziej, że możliwość częściowej konsumpcji polisy występuje także w przypadku, gdy polisą objęty jest tylko jeden podmiot ubezpieczony. Z uwagi na rozróżnienie ubezpieczenia OC wymaganego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu od ubezpieczenia OC niezbędnego na etapie realizacji umowy oraz inny cel, jakiemu służy złożenie tych dokumentów, nie są zasadne także twierdzenia Odwołującego w zakresie, w jakim powołuje się on na § 10 ust. 5 Wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział obowiązek w przypadku wykonawców działających wspólnie, aby każdy z nich posiadał ochronę w zakresie odpowiedzialności cywilnej z wymaganą sumą gwarancyjną oraz zakresem.

Izba wskazuje także, iż Odwołujący nie konstruował jakichkolwiek dalszych zarzutów odnośnie złożonej przez Przystępującego polisy OC, w tym co do wysokości sumy gwarancyjnej czy zakresu ubezpieczonej działalności. W treści odwołania Odwołujący nie podnosił także zarzutów dotyczących nieopłacenia polisy OC przez Przystępującego, w związku z czym przedstawiana przez niego w tym zakresie podczas rozprawy argumentacja nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę przy rozstrzygnięciu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba jest związana zarzutami odwołania i rozstrzyga wyłącznie w ich granicach, dlatego tak istotną wagę ma prawidłowe sformułowanie zarzutów, nie można bowiem rozszerzać podstaw faktycznych podniesionych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. Niezależnie od powyższego, Przystępujący na rozprawie przedstawił dowody na okoliczność opłacenia polisy OC, co dodatkowo czyniło stanowisko Odwołującego bezzasadnym.

W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonego w punkcie 7.1.2.2.2 Części I SIWZ – IDW, co powoduje, że stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i powiązanych przepisów nie potwierdziły się. W konsekwencji nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, który Odwołujący opierał na tożsamy okolicznościach stanu faktycznego. Na gruncie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie sposób przyznać racji Odwołującemu jakoby Zamawiający stosował różne wymagania do poszczególnych wykonawców i w sposób specjalny potraktował Przystępującego. Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego w taki sposób, jaki wynikał z treści SIWZ.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....