Sygn. akt: KIO 943/19

WYROK

z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2019 r. przez wykonawcę Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o., siedzibą w Warszawie

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie; (ii) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzib a w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 943/19

UZASADNIENIE

W dniu 23 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Drager Safety Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Miejskim Zakładom Autobusowym Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa i montaż blokad antyalkoholowych w 555 autobusach (postępowanie nr 2/RPP/AB/19)"; dalej jako: „Postępowanie":

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez uznanie w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą;

3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołując wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenia oceny oferty, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie nieprawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sekcji III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt 1.2.3) SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykaże, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 sztuk łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto".

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, datowane na dzień 24.04.2019 r., do złożenia w terminie 10 dni wskazanych w nim oświadczeń i dokumentów, złożył wykaz dostaw wraz z Listem referencyjnym. W wykazie dostaw Odwołujący wskazał 2 dostawy realizowane na rzecz Carlsberg Polska Sp. z o.o., przy czym już pierwsza z nich (w poz. 1 wykazu) spełnia określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, zarówno co do liczby dostarczonych i zamontowanych autoblokad, jak i wymaganej wartości.

Pomimo tego Zamawiający (pismem datowanym na dzień 9.05.2019 r.) wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy dostawy wskazane w wykazie dostaw „stanowiły odrębne byty prawne w postaci dwóch różnych umów" ewentualnie do uzupełnienia wykazu. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wskazał, że złożony uprzednio wykaz i List Referencyjny potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie, w celu zadośćuczynienia wezwaniu zamawiającego, Odwołujący potwierdził, że dostawy te zostały zrealizowane na

podstawie dwóch odrębnych zamówień.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający wraz z przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał, że zarówno z wykazu, jak i referencji nie wynikało, by wskazane dostawy świadczone były na podstawie dwóch oddzielnych umów - dostaw. Zamawiający wskazał również, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia „nie stanowiły odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie i nie potwierdziły spełniania warunku".

W ocenie Odwołującego z taką decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić, choćby dlatego, że dokonana przez Zamawiającego ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu abstrahuje od treści postawionego warunku. Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ nie wymagał, by wykonawca legitymował się wykonaniem dostaw na podstawie dwóch odrębnych umów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO oraz sądów okręgowych Zamawiający nie może dokonywać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób odmienny niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu czy SIWZ. Takie postępowanie prowadzi do niedopuszczalnej na tym etapie postępowania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ. Poza tym Zamawiający nie uwzględnił, że już dostawa wskazana w poz. 1 Wykazu dostaw jest wystarczająca dla wykazania spełniania przez Odwołującego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie nieprawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej (wymaganego ubezpieczenia)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Sekcji lD. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 5 pkt. 1.2.1) SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 600.000,00 złotych".

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, datowane na dzień 24.04.2019 r., do złożenia w terminie 10 dni oświadczeń i dokumentów, złożył polisę potwierdzającą ubezpieczenie Odwołującego oraz spółki Drager Polska Sp. z o.o. od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną znacznie przewyższającą postawiony w tym zakresie przez Zamawiającego wymóg (na jeden i łącznie na wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w okresie ubezpieczenia, na szkody osobowe i rzeczowe). Również wskazany w polisie zakres ubezpieczenia („Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności z włączeniem Odpowiedzialności za produkt i Wykonanie Usługi), jak i ubezpieczona działalność („Producent i dostawca sprzętu medycznego i ochronnego") potwierdzają spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Pomimo tego Zamawiający, dokonując oceny złożonej polisy, wskazał (pismem datowanym na dzień 9.05.2019 r.), że „zakres ubezpieczenia odnosi się do działalności polegającej na produkcji i dostawie sprzętu medycznego i sprzętu ochronnego co z kolei nie spełnia warunku sformułowanego przez Zamawiającego tj. potwierdzenie, że Wykonawca jest ubezpieczony z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia". W konsekwencji Zamawiający wezwał do „wyjaśnienia powyższych kwestii, a w przypadku braku spełnienia ww. warunku prosimy o uzupełnienie".

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że złożona polisa obejmuje również odpowiedzialność za produkt i wykonane usługi i opiewa na kwotę 4.329.600 zł. Dodatkowo powołał się na zakres działalności obu ubezpieczonych spółek, ujęty w aktualnych odpisach KRS, dołączając je do udzielonych wyjaśnień.

Zamawiający wraz z przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał, że

„z dokumentu złożonego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego wynika, że zakres ubezpieczenia odnosi się do działalności polegającej na produkcji i dostawie sprzętu medycznego i ochronnego co z kolei nie spełnia warunku sformułowanego przez Zamawiającego, tj. potwierdzenie, że Wykonawca jest ubezpieczony z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - czyli dostawą i montażem blokad antyalkoholowych". Zamawiający wskazał również, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia „nie potwierdziły wymogu sformułowanego przez Zamawiającego, że wykonawca przedstawił polisę potwierdzającą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia".

W ocenie Odwołującego również ta ocena spełniania warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp. Z uzasadnienia faktycznego wykluczenia wynika bowiem, że Zamawiający oczekiwał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, lecz z tytułu prowadzonej działalności tożsamej z przedmiotem zamówienia. Takie założenie jest błędne i w rezultacie prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdorazowo zmuszeni byliby zawierać umowę ubezpieczenia działalności tożsamej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przedłożona w niniejszym postępowaniu polisa potwierdza posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności z włączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonanie usługi, a zakres ubezpieczonej działalności obejmuje również dostawę sprzętu ochronnego. Odwołujący w swojej ofercie w zakresie sprzętu ochronnego posiada różnego rodzaju środki bezpieczeństwa, odzież ochronną, maski ochronne i półmaski, a także urządzenia służące do detekcji narkotyków czy alkoholu, w tym również blokady antyalkoholowe. Zauważenia przy tym wymaga, że Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej merytorycznej niezgodności z treścią SIWZ (niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ), a zatem uznał zgodność zaoferowanych w tym postępowaniu blokad. Odwołujący oświadczył, że takie blokady antyalkoholowe oferował w postępowaniach wcześniejszych, w których posługiwał się taką samą polisą.

Jednocześnie Odwołujący dodatkowo powołał się także na zakres prowadzonej działalności wynikający z odpisu KRS, gdzie w Dziale 3 w Rubryce 1. Przedmiot działalności wskazano m.in. instalowanie sprzętu i wyposażenia (poz. 3), sprzedaż maszyn, urządzeń przemysłowych (poz. 4), sprzedaż towarów różnego rodzaju (poz. 5). Również z tego zakresu wynika, ze dostawa i montaż blokad antyalkoholowych mieści się w przedmiocie działalności Odwołującego.

Ocena dokonana w tym zakresie przez Zamawiającego nie tylko nie odpowiada treści określonego przez niego warunku, ale też narusza przepis § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia z 26.7.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm) (dalej „Rozporządzenie"). Zgodnie z tym przepisem w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO wskazujące, iż warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności ekonomicznej danego wykonawcy, a nie zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Zatem ubezpieczenie przedkładane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest innym ubezpieczeniem niż ubezpieczenie, jakie może być wymagane w związku z realizacją zamówienia. Pogląd taki wyraziła m.in. KIO w wyr. z 29.4.2016 r. (KIO 572/16), podkreślając jednocześnie, że przepis § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia nie wymaga, aby zakres ubezpieczenia w pełni pokrywał zakres przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się również, że warunek dotyczący ubezpieczenia dotyczy zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a zatem zasadniczo ma na celu zbadanie zdolności wykonawcy do uzyskania ubezpieczenia w wysokości żądanej przez zamawiającego, a tym samym wiarygodności wykonawcy - dlatego też nie można wymagać, aby wykonawca już w toku postępowania o udzielenie zamówienia posiadał ubezpieczenie odnoszące się do danego przedmiotu zamówienia w pełnym spektrum przedmiotowym i w całym okresie obowiązywania umowy (tak dla przykładu wyr. KIO z 3.1.2017 r., KIO 2395/16).

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu wskazują, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, co wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego również art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2019 r. oraz 9 maja 2019 r. na okoliczność ustalenia treści oferty oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iii) wydruki informacji ze strony internetowej Odwołującego na okoliczność ustalenia zakresu działalności gospodarczej prowadzonej przez Odwołującego; (iv) wydruki informacji dotyczące blokad alkoholowych na okoliczność ustalenia charakteru urządzeń; (v) kopia polisy ubezpieczeniowej wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o. na okoliczność wykazania jak prawidłowo powinna wyglądać polisa w celu spełnienia warunku stawianego przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i montaż blokad antyalkoholowych w 555 autobusach (postępowanie nr 2/RPP/AB/19)"; dalej jako: „Postępowanie".

Zgodnie z Rozdziałem 5 pkt I.2.2 lit. b) i pkt I.2.3 lit. a) SWIZ o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 mogli ubiegać się wykonawcy, którzy: (i) w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykażą, iż posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 600.000,00 (słownie: sześćset tysięcy) złotych; (ii) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonał dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 szt. łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł. brutto.

Izba ustaliła na podstawie pisma z dnia 18 kwietnia 2019 r., że w Postępowaniu złożone dwie oferty tj. oferta Odwołującego, który zaoferował za realizację zamówienia cenę 2 314 183, 50 zł oraz wykonawcy Systemy Autobusowe sp. z o.o., który zaoferował cenę 2 655 608,50 zł.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył m.in. wykaz dostaw oraz referencje wystawione przez spółkę Carlsberg Polska sp. z o.o. W wykazie Odwołujący powoła się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zleceń na rzecz spółki Carlsberg Polska sp. z o.o. Wykonawca wskazał na dwie dostawy, jedną na dostarczenie i zamontowanie 197 blokad antyalkoholowych (termin wykonania 21.12.2018) oraz drugą na dostarczenie i montaż 34 blokad (termin wykonania 27.02.2019). W referencji zawarta jest informacja, że Odwołujący do dnia wystawienia referencji zainstalował ponad 220 blokad antyalkoholowych, które działają bez zarzutu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 maja 2019 r. Zamawiający podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wzywał Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia wymaganych dokumentów. Zamawiający wskazał, iż wymagał złożenia wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, spełniających warunek, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt I. 2. 3). a) SIWZ wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Zamawiający wskazał, że w złożonym przez Odwołującego wykazie zawarte są 2 pozycje, wskazujące na dostawy dla firmy Carsberg Polska Sp. z o.o. Jedna z nich legitymuje się terminem wykonania na dzień 21.12.2018 r. (dostawa i montaż 197 szt.). Druga natomiast wskazuje dzień 27.02.2019 r. jako termin zakończenia instalacji 34 szt. blokad. Zamawiający wskazał, że zarówno z przywołanego wyżej wykazu jak i referencji załączonych do niniejszego dokumentu nie wynika, iż dostawy te były świadczone w ramach dwóch oddzielnych umów - dostaw.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie czy dostawy te

stanowiły odrębne byty prawne w postaci dwóch różnych umów.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że wymagał również złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 600.000,00zł. Zamawiający wskazał m.in., że zakres ubezpieczenia odnosi się do działalności polegającej na produkcji i dostawie sprzętu medycznego i sprzętu ochronnego, co z kolei nie spełnia warunku sformułowanego przez Zamawiającego tj. potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie i wskazał, że Zamawiający wymagał wykazania w okresie 3 ostatnich lat dostaw autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 sztuk łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000 zł brutto. Do oferty dołączono wykaz dostaw zrealizowanych do jednego klienta, który to wykaz potwierdza spełnienie powyższego warunku. Odwołujący wskazał, że dostawy te zrealizowane zostały na podstawie dwóch odrębnych zamówień Klienta: - 197 sztuk - zamówienie z dnia

12.01.2018 z aneksem - 34 sztuki - zamówienie z dnia 31.01.2019. Obie te dostawy zostały potwierdzone przez Klienta w piśmie „List Referencyjny", które wpłynęło do nas w dniu 12.04.2019 r. i zostało dołączone do złożonej oferty.

Odwołujący załączył również potwierdzenie wpłaty składki przez firmę Drager Polska Sp. z o.o. Przesłany dokument Polisy odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności obejmuje również odpowiedzialność na produkt i wykonane usługi i opiewa na kwotę

4.329.600 zł.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Systemy Autobusowe Sp. z o.o. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że Odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Istota sporu pomiędzy stronami sprawdzała się do odmiennej interpretacji postanowień SIWZ. Podkreślić należy na wstępie, że postanowienia SIWZ niejednokrotnie zawierają szereg określeń budzących wątpliwości interpretacyjne. Ich interpretacja winna być jednak dokonywana zarówno z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu.

W analizowanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący dokonał prawidłowej interpretacji zakwestionowanych postanowień SIWZ. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oparta została na błędnej wykładni spornych zapisów SIWZ.

Wskazać należy, że zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 1.2.2 lit. b) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli biegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonali dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniejszej niż 100 szt. łącznie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł. brutto. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wykazał, że dostawy na które się powołuje były

dokonane na podstawie dwóch odrębnych umów. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego uznać należy za błędne. Po pierwsze, w treści SIWZ nie ma żadnego zapisu, z którego można byłoby wywieść, iż obowiązkiem wykonawcy było wykazanie się realizacją dostaw wykonanych na podstawie co najmniej dwóch odrębnych umów. W treści przywołanego zapisu SIWZ nie ma jakiejkolwiek referencji do liczy umów czy też obowiązku wykazania charakteru zobowiązania prawnego wykonawcy na podstawie, którego realizował on dostawy. To czy będzie to jedna umowa czy kilka, jak również charakter prawny samej umowy pozostaje irrelewantne z punktu widzenia zapisów SIWZ.

W ocenie Izby, jeżeli intencją Zamawiającego było nałożenie na wykonawców obowiązku wykazania się doświadczeniem w postaci wykonania dostaw określonej liczby autoblokad na podstawie dwóch lub więcej umów, to intencja ta winna znaleźć jasne i precyzyjne odzwierciedlenie w treści SIWZ, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym nie uczynił. Interpretowanie na etapie badania i oceny ofert zapisów SIWZ na podstawie nieujawnionych w treści SIWZ intencji Zamawiającego jest niedopuszczalne i stanowi jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, aby z postępowania na wykonanie dostaw autoblokad eliminować wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w dostawie co najmniej 100 sztuk autoblokad na podstawie jednej umowy, a dopuszczać wyłącznie tych wykonawców, którzy wykonali dostawy wymaganej liczby autoblokad na podstawie dwóch lub więcej umów. Czym różni się doświadczanie takich wykonawców? W ocenie Izby, w omawianym stanie faktycznym wyłącznie złożeniem dodatkowego podpisu na treści umowy. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnego logicznego uzasadnienia przyjętej przez siebie interpretacji SIWZ. Przyjęcie tak wąskiego rozumienia zapisów SIWZ stanowiłoby naruszenie uczciwej konkurencji i w sposób niezasadny ograniczałoby dostęp do rynku zamówień publicznych wykonawcom legitymującym się niezbędnym doświadczaniem do realizacji zamówienia. Co więcej, zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany na podstawie jednej umowy, co tym bardziej potwierdza niezasadność interpretacji SIWZ przyjętą przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu należy czytać wprost, nie dokonując wykładni rozszerzającej. W przedmiotowym przypadku Zamawiający de facto dokonał nieuprawnionej modyfikacji warunku. Zdaniem Izby, prezentowaną przez Zamawiającego interpretację pkt 1.2.2 lit. b) SIWZ Rozdziału 5 SIWZ należy uznać za wprowadzającą wymaganie niewyrażone wprost w tym postanowieniu, co jest niedopuszczalne. W tej sytuacji na marginesie jedynie można wskazać, że nawet gdyby uznać tę interpretację za jedną z możliwych, nieuprawnione byłoby jej zastosowanie na niekorzyść wykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w SIWZ powołał się w złożonym Zamawiającemu wykazie na dwie dostawy. Już pierwsza z dostaw wskazanych w wykazie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, rozumianego jako wykonanie dostawy autoblokad wraz z montażem w ilości nie mniej niż 100 sztuk, o wartości nie mniejszej niż 350 000 zł.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, brak jest podstaw do uznania, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Czynności Zamawiającego zostały oparte bowiem na błędnej interpretacji SIWZ.

W kwestii niewykazania spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Izba wyjaśnia, że argumentacja Zamawiającego była chybiona, nie dotykając istoty instytucji wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. Wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także - po drugie - możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w swoim lakonicznym uzasadnieniu wskazał wyłącznie, iż przedłożona polisa nie potwierdza, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wskazać jednakże należy, że Odwołujący złożył polisę OC. W punkcie „Ubezpieczona działalność" wskazano: „Producent i dostawca sprzętu medycznego i sprzętu ochronnego". W punkcie „Zakres ubezpieczenia" wskazano „Odpowiedzialność cywilna z tytułu prowadzonej działalności z włączeniem odpowiedzialność za produkt oraz wykonane usługi".

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż przedmiotem działalności Odwołującego jest dostawa oraz montaż blokad alkoholowych. Wykazał to Odwołujący składając wydruki ze swojej strony internetowej potwierdzające zakres prowadzonej działalności. Zamawiający i Przystępujący nie złożyli dowodów przeciwnych. Skoro więc zakres ubezpieczenia OC obejmuje również odpowiedzialność za produkt oraz za wykonane usługi, to oczywistym jest dla Izby, iż obejmuje to również blokady alkoholowe.

Nie można zgodzić się z Przystępującym, że blokada alkoholowa to urządzenie elektroniczne i nie można jej zakwalifikować do urządzeń o charakterze ochronnym. Brak jest, w ocenie Izby, logicznego uzasadnienia do objęcia zakresem pojęcia „sprzęt ochronny" wyłącznie urządzeń nieelektronicznych czy innych rzeczy (w tym jak wskazywał Przystępujący odzieży ochronnej). To, iż blokada alkoholowa jest urządzeniem elektronicznych nie niweczy w żaden sposób jej ochronnego charakteru. Izba nie ma wątpliwości, iż urządzenie to należy zakwalifikować do urządzeń o charakterze ochronnym i w takim też celu urządzenia te zamawia Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania. Ma uniemożliwiać wykonywanie pracy przez kierowców, którzy są pod wpływem alkoholu. Niewątpliwie więc ma chronić społeczeństwo przed ewentualnymi ryzykami czy szkodami na jakie mogłoby być narażone, gdyby umożliwić wykonywanie pracy przez nietrzeźwych kierowców. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia do wąskiego definiowania pojęcia „urządzenia ochronnego", tym bardziej, że faktyczna działalność Odwołującego obejmuje właśnie dostawę i montaż takich urządzeń. W ocenie Izby, polisa odzwierciedla faktyczny zakres działalności prowadzonej przez Odwołującego, przy czym zaznaczyć należy, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie ma żadnego wymogu, aby w treści polisy odnosić się do klasyfikacji PKD.

Tym samym, w ocenie Izby, nietrafne było stanowisko Zamawiającego w przedmiocie braku związku przedstawionych przez Odwołującego polisy z przedmiotem zamówienia. Wspomniany związek, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie został przez ustawodawcę zdefiniowany, wobec czego doprecyzowywanie go zgodnie z bliżej nieokreśloną intencją Zamawiającego nie mogło odnieść skutku.

Bez znaczenia dla podniesionego zarzut jest dowód złożony przez Przystępującego w postaci kopii własnej polisy OC. Przedmiotem analizy są bowiem konkretne zapisy zawarte w treści polisy złożonej przez Odwołującego, nie zaś treść dokumentu złożonego przez Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b

972).

Przewodniczący: .....