Sygn. akt: KIO 1998/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
7 czerwca 2024 r. przez odwołującego Antex II sp. z o. o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutów o numerach 3, 4, 5 i 6.

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2zasądza od odwołującego Antex II sp. z o. o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej
na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 1998/24

U z a s a d n i e n i e

Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą
w Rzeszowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 872 na odcinku od skrzyżowania z DK 9 w Nowej Dębie do skrzyżowania z DK 77 w Nisku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi - etap II” (Numer postępowania: PZDW/WZP/243/WI/1/2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 lutego 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 74577-2024, numer wydania Dz.U. S: 25/2024.

7 czerwca 2024 r. wykonawca Antex II sp. z o. o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 3) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej: Przystępujący), w sytuacji gdy Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC na sumę co najmniej
25 000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń;

ewentualnie naruszenie

2)art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 3) Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w zakresie spełnienia warunków udziału
w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC na sumę co najmniej 25000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji gdy nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia; Przystępujący nie wykazał, że posiada wymagane doświadczenie w realizacji budowy/ rozbudowy/przebudowy drogowego stałego obiektu mostowego;

ewentualnie naruszenie:

4)art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kwestionowanego doświadczenia;

5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji gdy nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie realizowane w jednej umowie/kontrakcie przez cały okres realizacji; Przystępujący nie wskazał, czy osoby dedykowane do realizacji zamówienia posiadają doświadczenie realizowane w jednej umowie/kontrakcie przez cały okres realizacji zadania

ewentualnie naruszenie:

6)art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia osób dedykowanych do realizacji zamówienia w zakresie posiadania przez nich doświadczenia zdobytego w jednej umowie/kontrakcie przez cały okres realizacji zadania,

7)art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej przez Przystępującego, w sytuacji, gdy jego oferta podlega odrzuceniu;

8)art. 16 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)odrzucenia oferty Wykonawcy PDM;

3)ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów Wykonawcy PDM;

4)ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty o numerach 3, 4, 5 i 6.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1 i 2

Zamawiający w pkt VIII.1 IDW Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazał, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek w zakresie zdolności ekonomicznej tj. wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 25.000.000,00 PLN.

Zamawiający pismem z dnia 25.03.2024 r. nr PZDW/WZP/243/WI/1/2024 – w odpowiedzi na pytanie nr 40 wskazał, że:

„Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zmniejszenie sumy gwarancyjnej w OC na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Zamawiający wymaga następujących minimalnych sum gwarancyjnych w polisie OC:

- 25.000.000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (etap złożenia oferty),
- 50.000.000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń (etap przed podpisaniem umowy)".

Zamawiający tym samym zmodyfikował warunki udziału w postępowaniu poprzez wskazanie, iż na etapie złożenia oferty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga minimalnych sum gwarancyjnych w polisie OC na poziomie 25.000.000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń. W ślad za powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytanie:

„Dotyczy Subklauzula 18.3 Prosimy o zmianę systemu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z:

- 25 000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (etap złożenia oferty),
- 50 000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń (etap przed podpisaniem umowy) na:
- 25 000 000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (etap

złożenia oferty),
- 50 000 000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia (etap przed podpisaniem umowy).
Proponowany system ubezpieczenia na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń
nie jest powszechnie stosowany na polskim rynku ubezpieczeniowych i przy tak wysokich sumach może być problem z pozyskaniem oferty ubezpieczenia. Jednocześnie zaznaczamy, iż większość ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej jest zawierana na jedno i wszystkie zdarzenia i już na etapie składania ofert niezbędna będzie zmiana systemu ubezpieczenia,
co w większości przypadków będzie niezwykle trudne".
Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie ani też nie zmodyfikował zmienionych w dniu 25.03.2024 r. warunków udziału w postępowaniu.
W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Przystępujący złożył m. in. polisę nr 913600052952 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń
i Reasekuracji „WARTA" S.A. na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2024 r. z sumą gwarancyjną 25 000 000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe, a nie jak wymagał Zamawiający na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń. Przystępujący nie spełnił zatem warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń. W tej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę Wykonawcy.
Wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC z minimalną sumą gwarancyjną 25.000.000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń
na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest bezcelowe bowiem Zamawiający żądał, aby Wykonawca już na etapie złożenia oferty posiadał polisę OC. Podkreślić należy, że złożona przez Przystępującego polisa wskazuje, iż umowa zawarta jest na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2024 r. Wystawienie nowej polisy OC z minimalną sumą gwarancyjną 25.000.000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń po upływie terminu składania ofert w dalszym ciągu nie będzie potwierdzało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nowa polisa OC będzie wystawiona z datą po składaniu ofert, a nie jak wynika z odpowiedzi nr 40 z dnia 25 marca 2024 r. na etapie złożenia oferty. Oferty
w postępowaniu zostały złożone w dniu 12 kwietnia 2024 r.
Jednakże jeśli Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieli powyższej argumentacji i uzna, iż odrzucenie oferty winno być poprzedzone wezwaniem do złożenia polisy potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to Odwołujący wskazuje na aktualność zarzutu ewentualnego nr 2. Zamawiający zaniechał prawidłowej oceny i badania ofert - Przystępujący złożył polisę OC, z treści której nie wynika, iż suma gwarancyjna w wysokości 25.000.000 PLN obejmuje jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń. Uzupełniona polisa powinna potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (etap złożenia oferty).
Zarzut nr 7 i 8
Powyższe uchybienia stanowią naruszenie art. 16 Pzp - Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz dokonał wyboru oferty Przystępującego, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.
25 czerwca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
Zamawiający zaprzeczył przy tym stanowisku i twierdzeniem Odwołującego podnosząc,
że w postępowaniu nie doszło do zmiany warunku udziału dotyczącego zdolności ekonomicznej. Zamawiający podniósł, że pytanie nr 40, którego dotyczyła odpowiedź na której oparł swoje twierdzenia Odwołujący, dotyczyło etapu realizacji przedmiotu zamówienia, zatem udzielona odpowiedź również nie miała związku z warunkami udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony i Przystępującego dowody, które dotyczyły potrzymanych zarzutów odwołania.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów nr 3, 4, 5 i 6 odwołania Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała podtrzymane zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt VIII.1 IDW „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia"

o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek w zakresie zdolności ekonomicznej w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 25 000 000,00 PLN".

Odwołujący w swoim stanowisku powołał się na pytanie nr 40 wraz z odpowiedzią:

„Dotyczy subklauzula 18.3 – Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wymogu i zmniejszenie wymaganej wysokości sumy gwarancyjnej w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy. Wskazujemy,

że ze względu na charakter i lokalizację kontraktu nie wiąże się on z ryzykiem wystąpienia szkód o tak dużej wartości jak wymagana suma gwarancyjna szczególnie, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej nie obejmuje ochroną przedmiotu prac a szkody osobowe

i rzeczowe osób trzecich, tak więc niższa niż aktualnie wymagana suma gwarancyjna

z pewnością stanowiłaby wystarczające zabezpieczenie dla tego rodzaju szkód. Należy zaznaczyć, iż wymóg przedłożenia polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

ze wskazaną przez Zamawiającego sumą gwarancyjną wymusza aranżację polisy dedykowanej dla kontraktu, co niepotrzebnie znacznie zwiększy koszty ubezpieczenia,

a co za tym idzie cenę ofertową, a w konsekwencji koszt inwestycji bez racjonalnego uzasadnienia. Ponadto w takiej sytuacji Wykonawcy posiadający ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w formie polisy obrotowej ponosiliby niepotrzebny dodatkowy koszt ubezpieczenia kontraktu, który w rezultacie posiadałby zbyteczną podwójną ochronę ubezpieczeniową w zakresie OC".

Odpowiedź na zadane pytanie brzmiała:

„Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmniejszenie sumy gwarancyjnej w OC

na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Zamawiający wymaga następujących minimalnych sum gwarancyjnych w polisie OC:

- 25 000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (etap złożenia oferty),
- 50 000 000 PLN na jedno zdarzenie bez ograniczenia liczby zdarzeń (etap przed podpisaniem umowy).

Jednocześnie Zamawiający informuje, że w związku z udzielona odpowiedzią na pytanie nr 26 zamieszcza aktualny Załącznik do Warunków Szczególnych Kontraktu".

Z powyższego wynikają dwie, kluczowe dla uznania odwołania za niezasadne, kwestie:

1. Pytanie nr 40 nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu.
2. Odpowiedź na pytanie jest odmowna, a zatem nie prowadziła do wnioskowanej w pytaniu zmiany. Odpowiedź ta odnosi się też ściśle do zadanego pytania i nie ma charakteru ogólnego.

W konsekwencji Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniu Odwołującego nie doszło do zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. Co za tym idzie upadło twierdzenie Odwołującego, będące podstawą podniesionych zarzutów, co z kolei skutkowało uznaniem, że zarzuty te się nie potwierdziły.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący …….....