

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę **M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Complido M.D. z siedzibą w Domaszowicach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Brzeziński**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMAT GROUP Sp. z o.o. Sp.kz siedzibą w Warszawie oraz ZBIGNIEW HORDYJ prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZBIGNIEW HORDYJ "AMAT" w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Complido M.D. z siedzibą w Domaszowicach** i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Complido M.D. z siedzibą w Domaszowicach**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasadza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 629/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Brzeziński – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynku stalowego stanowiącego własność Powiatu Brzezińskiego” (numer referencyjny: OK.271.2.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00049983/01.

W dniu 26 lutego 2024 r. wykonawca M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Complido M.D. z siedzibą w Domaszowicach wniósł odwołanie, zarzucając niezgodność z przepisami ustawy, tj. zaniechanie czynności wystosowania względem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (i) Amat Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz (ii) A.Z. [dalej: „Konsorcjum Amat”] wezwania do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystosowania względem Konsorcjum Amat wezwania do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł, podczas gdy z dokumentów przedstawionych przez tego wykonawcę wynika, że w dniu, w którym przypadł termin składania ofert, nie posiadał polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000 zł, a w konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do wystosowania wezwania do uzupełnienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wystosowania względem Konsorcjum Amat wezwania do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

kwoty 10.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Complido M.D. z siedzibą w Domaszowicach, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2024 r. (pismo z dnia 6 marca 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMAT GROUP Sp. z o.o. Sp.kz siedzibą w Warszawie oraz ZBIGNIEW HORDYJ prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZBIGNIEW HORDYJ "AMAT" w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2024 r. (pismo z dnia 6 marca 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowało by odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wystosowania względem Konsorcjum Amat wezwania do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł, podczas gdy z dokumentów przedstawionych przez tego wykonawcę wynika, że w dniu, w którym przypadł termin składania ofert, nie posiadał polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000 zł, a w konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do wystosowania wezwania do uzupełnienia, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważyła, że istota sporu dotyczyła tego, iż zdaniem Odwołującego Przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł.

Izba zważyła, iż Zamawiający w pkt 6.1.3. SWZ (Informacje o warunkach udziału w postępowaniu) wskazał, że: „Wykonawca winien posiadać polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym i budowlanym od jednego i od wszystkich zdarzeń na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł”. Z kolei zgodnie z pkt 8.3.1. c), Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wezwie Wykonawcę do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie

projektowym i budowlanym od jednego i od wszystkich zdarzeń na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 16 lutego 2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym i budowlanym od jednego i od wszystkich zdarzeń na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł.

Izba zważa, że na ww. wezwanie Przystępujący złożył następujące dokumenty ubezpieczeniowe:

- Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1032212718, gdzie Ubezpieczonym jest Zbigniew Hordyj „Amat” (członek Konsorcjum). Zakresem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna w związku z prowadzoną działalnością, w tym m.in. pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, zaś suma gwarancyjna (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) wynosi 15.000.000 zł. Okres ubezpieczenia wynosi od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r.;

- Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1084639190, gdzie Ubezpieczonym jest Amat Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (członek Konsorcjum). Zakresem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna w związku z prowadzoną działalnością, w tym m.in. pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, zaś suma gwarancyjna (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) wynosi 5.000.000 zł. Okres ubezpieczenia wynosi od 10 sierpnia 2023 r. do 9 sierpnia 2024 r.;

- Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1079956842, gdzie Ubezpieczonymi są Projektowanie Architektoniczne, Sypniewski Włodzimierz oraz Architekci – J.S. (tj. wspólnicy spółki cywilnej będącej podmiotem udostępniającym zasoby). Zakresem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna pracowni projektowania budowlanego, zaś suma gwarancyjna (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) wynosi 2.500.000 zł. Okres ubezpieczenia wynosi od 8 marca 2023 r. do 7 marca 2024 r.;

- Aneks do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1079956842, gdzie Ubezpieczonymi są Projektowanie Architektoniczne, Sypniewski Włodzimierz oraz Architekci – J.S.. Suma gwarancyjna (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) została podniesiona do 8.000.000 zł, z datą obowiązywania zmian od dnia 2 lutego 2024 r.

Izba zważa, że Zamawiający opisując warunek w pkt 6.1.3. SWZ, zgodnie z którym Wykonawca powinien posiadać polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej w zakresie projektowym i budowlanym od jednego i od wszystkich zdarzeń na kwotę nie niższą niż 8 000 000,00 zł, w ocenie Izby odnosi się do łącznej sumy ubezpieczenia w zakresie projektowym i budowlanym na poziomie nie niższym niż 8 000 000,00 zł. Zdaniem Izby o takim rozumieniu warunku świadczy zastosowanie przez Zamawiającego spójnika „i”, a więc obejmujący łącznie zarówno zakres projektowy i budowlany. Zamawiający, co istotne, nie opisał wymogu sumy ubezpieczenia odrębnie dla prac projektowych oraz odrębnie dla robót budowlanych poprzez użycie słów, np. po 8 000 000,00 zł, czy też 8 000 000,00 zł (każda polisa, każdy zakres).

W ocenie Izby, gdyby Zamawiający chciał opisać ww. wymóg inaczej, tak jak to rozumuje Odwołujący (tj. suma ubezpieczenia 8 000 000,00 zł dla zakresu projektowego i 8 000 000,00 zł dla zakresu budowlanego), to dałby temu wyraz. Jako przykład Izba wskazuje zapisy SWZ w pkt 6.1.4.1, w którym Zamawiający jednoznacznie posługuje się dla części projektowej i budowlanej używając słów „każda realizacja”: „(...) co najmniej dwóch dokumentacji projektowych polegających na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji w celu uzyskania poprawy efektywności energetycznej o wartości nie niższej niż 150 000,00 zł brutto (każda realizacja)” i dla części budowlanej „(...)dwie realizacje polegające na: modernizacji budynku w celu uzyskania poprawy efektywności energetycznej o wartości robót brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (każda realizacja)”.

Nawet gdyby uznać, że zachodzą wątpliwości co do rozumienia wskazanego powyżej warunku (inne rozumienie Odwołującego i inne rozumienie Przystępującego), to nie mogą być one poczytane na niekorzyść wykonawcy. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r. o sygn.. akt. KIO 1047/22: *Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania niniejszego odwołania podziela argumentację Przystępującego przedstawioną w piśmie procesowym, iż niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać Wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to w ocenie Izby wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców*.

Warto w tym miejscu również podkreślić, iż przedmiotowe postępowanie jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie prace prowadzone w zakresie projektowym i budowlanym stanowią całość przedmiotu zamówienia. Izba zważa, że Zamawiający w formularzu ofertowym wymagał poza ceną ryczałtową całości zamówienia także podania cen za wykonanie prac w zakresie części projektowej oraz w zakresie części robót budowlanych.

Izba wskazuje, iż na podstawie wszystkich złożonych ofert w niniejszym postępowaniu udział wartości prac projektowych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oscyluje w przedziale od 166 050,00 zł do 646 000,00 zł, a więc udział

wartości prac projektowych nie przekracza 10 % ceny ofertowej. Oznacza to, iż pozostały procent, tj. 90% lub ponad 90% ceny ofertowej stanowi wartość prac w zakresie części robót budowlanych w przedziale od 5 814 000,00 zł do 8 487 000,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż dążenie Odwołującego do tego, aby podmiot udostępniający zasoby w zakresie części projektowej legitymował się ubezpieczeniem w zakresie projektowym na poziomie takim samym jak wartość wymaganego ubezpieczenia OC dla robót budowlanych, w sytuacji gdy wartość części projektowej nie przekracza 10% wartości zamówienia, byłoby w ocenie Izby irracjonalne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W sytuacji, w której zarówno Wykonawca, jak i podmiot udostępniający zasoby musieliby być ubezpieczeni każdy na całą sumę ubezpieczenia, pomimo, że warunki dotyczące doświadczenia w projektowaniu i w realizacji robót budowlanych są odrębne, jak również mają całkowicie odmienną wartość, co jednoznacznie wynika z pkt 6.1.4.1. SWZ (warunek doświadczenia w zakresie projektowania dwóch dokumentacji projektowych o wartości nie niższej niż 150 000,00 zł każda, warunek doświadczenia w realizacji dwóch robót o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł każda), prowadziłyby de facto w ocenie Izby do ograniczenia konkurencji, ponieważ podmioty zajmujące się projektowaniem musiałyby legitymować się ubezpieczeniem zdecydowanie przewyższającym wartość prac projektowych, a przecież ma to wpływ na wielkość składki, co też nie jest bez znaczenia.

Z kolei odnosząc się do aneksu do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1079956842 dla podmiotu udostępniającego zasoby, w wyniku którego została zwiększona suma ubezpieczenia do 8 000 000,00 zł po terminie składania ofert, zdaniem Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ w ocenie Izby wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu była polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1032212718 z sumą ubezpieczenia 15 000 000,00 zł (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe) oraz polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. o numerze 1079956842 z sumą ubezpieczenia 2 500 000,00 zł (na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe).

Izba odnieść się jeszcze w tym miejscu do pisma procesowego Odwołującego z dnia 11 marca 2024 r., w którym Odwołujący podnosi, iż: „(...) intencją Zamawiającego co do zasady było, żeby wykonawca posiadał jedną polisę, która będzie mieć zakres i projektowy, i budowlany (jedna polisa obejmująca i prace projektowe, i prace budowlane) oraz żeby kwota wynosiła 8 000 000 zł zarówno ja wszystkie zdarzenia, jak i na jedno zdarzenie”. W ocenie Izby powyższe stwierdzenie Odwołującego oparte jest wyłącznie na subiektywnym rozumieniu warunku udziału w postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.1.3. SWZ przez Zamawiającego nie był kwestionowany przez Odwołującego ani na etapie ogłoszenia o zamówieniu ani na etapie publikacji SWZ. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie zadawał również żadnych pytań o wyjaśnienie treści SWZ w trybie art. 135 ust. 1 ustawy PZP.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.1.3. SWZ, a tym samym brak jest podstaw do zastosowania trybu art. 128 ust. 1 ustawy PZP, który ma zastosowanie wyłącznie w przypadku gdy złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: