

WYROK
z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Żółkiewskiego 20/26, Citronet – Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (93-493), przy ul. Świętojańskiej 5/9, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35, 95-100 Zgierz, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Laundry Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (59-220), przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (59-220), przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e, Pralnia Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (45-418), przy al. Wincentego Witosa 26, ECOREST sp. z o.o. z siedzibą w Rytwianach (28-236), przy ul. Artura Radziwiłła 19,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.2. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Laundry Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (59-220), przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (59-220), przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e, Pralnia Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (45-418), przy al. Wincentego Witosa 26, ECOREST sp. z o.o. z siedzibą w Rytwianach (28-236), przy ul. Artura Radziwiłła 19 – w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907

j.t. ze zm.) – do przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wskazani powyżej wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) dla jednego zdarzenia,

- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35, 95-100 Zgierz i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Żółkiewskiego 20/26, Citronet – Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (93-493), przy ul. Świętojańskiej 5/9 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35, 95-100 Zgierz na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Żółkiewskiego 20/26, Citronet – Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (93-493), przy ul. Świętojańskiej 5/9 kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem

wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1248/14

Uzasadnienie

Zamawiający – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35, 95-100 Zgierz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie na jego rzecz usług prania (znak sprawy: PN/XVI/2014). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo j.t. ze zwanej dalej „Pzp”. zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 zm.), Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2014 r., pod nr 2014/S 067-115190.

W dniu 9 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Laundry Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (59-220), przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. z siedzibą jw., Pralnia Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (45-418), przy al. Wincentego Witosa 26, Ecorest sp. z o.o. z siedzibą w Rytwianach (28-236), przy ul. Artura Radziwiłła 19 (dalej: „Konsorcjum DGP”).

Wskazana powyżej czynność zaskarżona została odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Żółkiewskiego 20/26, Citronet – Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (93-493), przy ul. Świętojańskiej 5/9 (zwanym dalej „Odwołującym”).

Zaskarżonej odwołaniem czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DGP do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, tj. 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 z minimalną sumą gwarancyjną 500.000,00 zł dla jednego zdarzenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DGP z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu,

3. art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum DGP Dozorbud.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wezwania Konsorcjum DGP do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, tj. 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 z minimalną sumą gwarancyjną 500.000,00 zł dla jednego zdarzenia,
3. wykluczenia Konsorcjum DGP z Postępowania,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu, tj. za ofertą Konsorcjum DGP, którą to Zamawiający wybrał z naruszeniem przepisów Pzp. Gdyby bowiem postępował on zgodnie z nimi, to dokonałby wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, nie zaś pozbawił go możliwości uzyskania i realizacji zamówienia.

Na uzasadnienie zawartych w *petitum* odwołania zarzutów Odwołujący stwierdził, że – zgodnie z pkt 2 ppkt 2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” (zmodyfikowanym przez Zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2014 r.), o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy „[...]posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie przedmiotu zamówienia z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia[...]”. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt 3 ppkt 3.1 lit. c) SIWZ (zmodyfikowanym przez Zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2014 r.), załączenia do oferty następującego dokumentu 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 z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia (vide pkt 3 ppkt 3.1 lit. c) SIWZ).

Tymczasem Konsorcjum DGP przedłożyło wprawdzie polisę, tym niemniej obarczona ona jest następującymi wadami:

Po pierwsze – Zamawiający wyraźnie wymagał opłaconej polisy, podczas gdy ani z treści samej polisy złożonej przez Konsorcjum DGP, ani z jakichkolwiek innych dokumentów

złożonych przez ww. nie wynika, że polisa ta została opłacona. Powołał się przy tym na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdzono, że wymóg opłacenia polisy musi być zrealizowany najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert, zaś późniejsze jego spełnienie nie może być uznane za wystarczające, choćby ochrona ubezpieczeniowa obowiązywała z mocą wsteczną, tj. także w dniu upływu ww. terminu. W treści powołanej opinii stwierdzono ponadto, że nie może być uznana za opłaconą polisa, której termin płatności został odroczone i upływa po terminie składania ofert. W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z rachunku bankowego, rachunek itp.). W braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy (najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert) pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie – z treści polisy przedłożonej przez Konsorcjum DGP wynika, że ubezpieczonych na podstawie tej polisy jest 13 spółek, w tym 9 spółek, które nie ubiegają się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że ujawniona okoliczność nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, na dowód czego powołał się na orzecznictwo Izby.

Po trzecie – Zamawiający w pkt 3 ppkt 3.1 lit. c) SIWZ wymagał początkowo polisy „[...]z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia[...]”, niemniej jednak w dniu 11 kwietnia 2014 r. dokonał modyfikacji tego postanowienia poprzez wskazanie, że polisa ma opiewać na kwotę 500.000,00 zł dla jednego zdarzenia, co – zdaniem Odwołującego – stanowi istotną różnicę w konstrukcji omawianego warunku udziału w Postępowaniu. Wyjaśnił przy tym, że polisa z sumą gwarancyjną dla jednego zdarzenia skutkuje tym, że za każdy wypadek ubezpieczeniowy w okresie ubezpieczenia ubezpieczyciel wypłaci odszkodowanie do wysokości sumy gwarancyjnej, niezależnie od ilości tych wypadków. Wypłata odszkodowania za wypadek ubezpieczeniowy nawet w maksymalnej wysokości, czyli w kwocie równej sumie gwarancyjnej, nie ogranicza możliwości otrzymania kolejnego odszkodowania za kolejne wypadki ubezpieczeniowe, zatem łączna suma odszkodowań jakie ubezpieczony może otrzymać na podstawie takiej polisy jest nieograniczona. Tego rodzaju polisy nie są w praktyce często spotykane, jako że ubezpieczyciele wystawiają je tylko szczególnie wiarygodnym przedsiębiorcom, których dbałość o jakość prowadzonej działalności jest tak wysoka, że prawdopodobieństwo zaistnienia wypadków ubezpieczeniowych może być przez ubezpieczyciela uznane za niewielkie. Poza tym, jak na to wskazał Odwołujący,

szczególnie szeroki zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela skutkuje również wyższą składką. Tymczasem polisa z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia oznacza natomiast, że nie tylko odszkodowanie za jeden wypadek nie może przekroczyć sumy gwarancyjnej, ale również suma wszystkich odszkodowań, jakie ubezpieczony może otrzymać na podstawie takiej polisy, nie może przekroczyć sumy gwarancyjnej. Wypłata odszkodowania za wypadek ubezpieczeniowy w maksymalnej wysokości, czyli w kwocie równej sumie gwarancyjnej, pozbawia zatem ubezpieczonego możliwości otrzymania za kolejne wypadki jakiegokolwiek odszkodowania ubezpieczeniowe. W przypadku takich polis ryzyko ubezpieczyciela jest zdecydowanie mniejsze niż w przypadku polis z sumą gwarancyjną dla jednego zdarzenia. Stawiane przez ubezpieczycieli warunki uzyskania polisy z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia są łatwiejsze niż warunki uzyskania polisy z sumą gwarancyjną dla jednego zdarzenia, również w zakresie wysokości składki. Polisy z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia, jako łatwiej dostępne, są w praktyce najczęściej spotykane. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający – modyfikując w dniu 11 kwietnia 2014 r. postanowienia SIWZ w omawianym zakresie – zdecydował się jednak postawić wykonawcom wyższe wymagania, tzn. wprowadził wymóg posiadania ubezpieczenia OC z sumą gwarancyjną dla jednego zdarzenia, czyli ubezpieczenia trudniej dostępnego i droższego oraz że uzyskał on takie ubezpieczenie. Natomiast Konsorcjum DGP przeoczyło lub zignorowało modyfikację SIWZ i złożyło polisę z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia, opiewającą na kwotę 6.000.000,00 zł. Polisa ta spełniałaby wymóg sumy gwarancyjnej zawarty w SIWZ sprzed 11 kwietnia 2014 r., ale nie spełnia wymogu wynikającego ze zmodyfikowanego brzmienia postanowienia SIWZ.

Odwołujący podsumował, że skoro ww. konsorcjum nie przedstawiło wymaganej polisy, Zamawiający zobowiązany był wezwać je do uzupełnienia tego dokumentu podmiotowego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, a w razie braku jego uzupełnienia wykluczyć Konsorcjum DGP z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, których to czynności Zamawiający bezprawnie zaniechał. Tym samym nie był on uprawniony do dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, czym naruszył również przepis art. 91 ust. 1 Pzp. Zignorowanie przez Zamawiającego braku złożenia wymaganej polisy oraz wybranie oferty ww. konsorcjum Odwołujący ocenił dodatkowo jako pozostające w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji wyrażoną przepisem art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W nawiązaniu do kwestii opłacenia polisy Zamawiający stwierdził, że pomimo braku dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej w dacie składania ofert ubezpieczyciel zapewnił Konsorcjum DGP ochronę ubezpieczeniową od pierwszego dnia obowiązywania umowy, co jest skuteczne i dozwolone w świetle przepisu art. 814 § 1 K.c. Podkreślił przy tym, że brak jest jakichkolwiek racjonalnych przesłanek, by miał on prawo żądania przedstawienia dowodu opłacenia składki lub jej raty w sytuacji, w której nie są one jeszcze wymagalne. Powołał się także na okoliczność, że nieopłaconą polisę można uznać za inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zaznaczył, że załączona do oferty Konsorcjum DGP polisa jest tzw. polisą wznowioną, co pozwoliło na przyjęcie założenia, że dotychczasowa współpraca stron umowy ubezpieczenia była przez nie oceniana jako co najmniej dobra oraz że strony umowy ubezpieczenia miały zamiar kontynuacji współpracy, tj. zapewnienia ochrony ubezpieczeniowej w zamian za zapłatę składki na kolejny okres. Zamawiający zasygnalizował ponadto, że istniejące w omawianym zakresie w orzecznictwie KIO rozbieżności mogą mieć źródło także w nieprecyzyjnej terminologii użytej przez ustawodawcę w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, które posługuje się pojęciem „opłaconej polisy”. Tymczasem przepisy K.c. dotyczące umowy ubezpieczenia posługują się pojęciem „dokumentu ubezpieczenia”, który sam w sobie nie może być opłacony lub nie. Nie wiadomo także, czy składka zawsze musi być opłacona w całości, a jeśli nie, to w jakim zakresie, a także jaki „inny dokument” ustawodawca miał na myśli w dalszej części treści § 11 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia.

Odnosząc się do kwestii wielości beneficjentów przedłożonej przez Konsorcjum DGP polisy stwierdził, że z lektury powołanych przez Zamawiającego Odwołującego orzeczeń wynika odmienny od stawianego przezeń wniosek. Nie ma bowiem przeszkód, aby polisa stwierdzająca zawarcie umowy ubezpieczenia obejmowała obok wykonawcy także inne podmioty, np. wchodząc w skład tej samej grupy kapitałowej.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący sumy gwarancyjnej Zamawiający stwierdził, że jest on całkowicie gołosłowny. Podkreślił, że żądał polisy opiewającej na kwotę co najmniej 500.000,00 zł na jedno zdarzenie i wymóg ów został przez Konsorcjum DGP Dozorbud spełniony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum DGP wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści prywatnej opinii sporządzonej na jego zlecenie przez brokera ubezpieczeniowego na okoliczność, że polisa przedłożona przez Konsorcjum DGP nie spełnia zmodyfikowanego przez Zamawiającego postanowienia SIWZ.

Zamawiający argumentował dodatkowo, że powodem zmiany spornego postanowienia SIWZ była okoliczność, że wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, wobec czego – stawiając warunek udziału w Postępowaniu – nie mógł on ustalać okoliczności jego spełnienia wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy, co przewidywało pierwotne brzmienie SIWZ. Podkreślił, że nie było jego zamiarem oczekiwanie od wykonawców przedłożenia polisy, w której nie oznaczono sumy gwarancyjnej stanowiącej górną granicę odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Konsorcjum DGP wywodziło, że – po pierwsze – dla oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu znaczenie powinno mieć literalne brzmienie postanowień SIWZ, a po drugie – że przedłożona przezeń polisa z sumą gwarancyjną 6.000.000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia przewyższa kilkukrotnie wymóg Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący był legitymowany do wniesienia i popierania środka ochrony prawnej, z uwagi na ziszczenie się po jego stronie przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do pierwszej ze wskazanych przez Odwołującego wad polisy załączonej do oferty Konsorcjum DGP Izba wskazuje, że nie podziela zapatrywania, jakoby posłużenie się polisą z odroczonym terminem płatności spełniało wymóg „opłaconej polisy”, o którym mowa w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia. Nie ulega wątpliwości, że posłużenie się przez ustawodawcę takim pojęciem wiązać należy z celem żądania tego dokumentu, którym jest – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby – zapewnienie zamawiającemu wyboru takiego wykonawcy, który znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ubezpieczyciel analizuje bowiem, na etapie poprzedzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, czy dany podmiot – biorąc pod uwagę m.in. rodzaj i skalę prowadzonej przez niego z nią ryzyk działalności, analizę związanych ubezpieczeniowych,

dotychczasowy przebieg ubezpieczenia (szkodowość), czy zakres oczekiwanej przez niego ochrony ubezpieczeniowej (limity odpowiedzialności ubezpieczyciela) – jest w stanie ponieść koszty zapewnienia mu ubezpieczenia. Należy mieć bowiem na względzie, że ekwiwalentem świadczenia ubezpieczyciela polegającego ogólnie na ponoszeniu odpowiedzialności gwarancyjnej z tytułu zawartej z ubezpieczającym umowy jest składka ubezpieczeniowa, której koszty – stanowiące niejako wynagrodzenie ubezpieczyciela – ubezpieczający jest zobowiązany ponieść (zobacz art. 805 § 1 *in fine* K.c.).

Nawiązując w tym miejscu do zawartego w odpowiedzi na odwołanie wyводу Zamawiającego dotyczącego niejasnego znaczenia pojęcia „opłaconej polisy” Izba wskazuje, że należy je interpretować w ten sposób, że dotyczy ono dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia, od którego jej beneficjent uiścił składkę w całości,

bądź przynajmniej w wysokości rat wymagalnych w dacie upływu terminu składania ofert. Ergo nie spełnia wymogu „opłaconej polisy” dokument, z którego treści wynika, że termin zapłaty pierwszej raty składki ubezpieczeniowej jeszcze nie nadszedł i nie załączono do niego dowodu jej wcześniejszego uiszczenia. Uwzględniając jednak okoliczność, na którą to *nota bene* powoływał się Zamawiający, że nie można skutecznie żądać od dłużnika spełniania świadczenia przed terminem jego wymagalności (*ad casum* – żądania od Konsorcjum DGP zapłaty raty składki przed upływem terminu jej płatności wynikającego z przedłożonej polisy) ustawodawca przewidział w § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia możliwość przedłożenia innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Pod pojęciem tym kryją się dokumenty spełniające wymagania określone w przepisie art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.2913.950), z których treści *explicite* wynika, że pomiędzy ubezpieczycielem, a ubezpieczającym doszło do skutecznego zawarcia umowy ubezpieczenia się powodującej odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczynającą najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert, gdyż jest to moment, na który ocenia się spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie można zauważyć, że w takim przypadku ustawodawca nie uzależnia skuteczności owych innych dokumentów od kwestii poniesienia przez wykonawcę jakichkolwiek nakładów finansowych związanych z zawartą umową ubezpieczenia pomimo tego, że składane są one niejako w zastępstwie dokumentu, który potwierdzać ma spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp (patrz § 11 ust. 1 *in principio* Rozporządzenia). Bez znaczenia dla omawianej kwestii jest natomiast okoliczność, czy przedkładana przez wykonawcę polisa została wznowiona (dotyczy to kolejnej umowy zawartej z dotychczasowym

ubezpieczycielem), okoliczność ta może ewentualnie wpływać na wysokość należnej ubezpieczycielowi składki.

Nie sposób zgodzić się przy tym ze stanowiskiem Zamawiającego i Konsorcjum DGP, że nieopłaconą polisę można rozpatrywać w kategoriach innego dokumentu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia, czy – jak chce tego Przystępujący – w art. 26 ust. 2c Pzp. Jest tak nie tyle z uwagi na regułę wynikającą z przepisu art. 814 § 1 K.c., ile z tej przyczyny, że brak jest racjonalnych argumentów przemawiających za różnicowaniem, na gruncie przytoczonych powyżej przepisów, statusu polisy w zależności od okoliczności, czy jej beneficjent opłacił należną ubezpieczycielowi składkę, w każdym bowiem wypadku chodzi o ten sam dokument.

Chybiona jest natomiast, w ocenie Izby, argumentacja Odwołującego dotycząca drugiej z ujawnionych okoliczności związanych z polisą załączoną do oferty Konsorcjum DGP. Brak jest bowiem podstaw do twierdzenia, że z samego faktu objęcia ochroną ubezpieczeniową na podstawie tej samej umowy ubezpieczenia innych, prócz wykonawcy, podmiotów powoduje, że warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na potwierdzenie którego dokument taki jest składany, nie może być spełniony. Abstrahując od okoliczności, że tezy takiej nie potwierdza powołane przez Odwołującego orzecznictwo Izby, konieczne jest stwierdzenie, że udowodnienie zarzutu odwołania nie może sprowadzać się do przytaczania sygnatur, czy poglądów organu orzekającego zawartych w uzasadnieniach wydanych przez niego orzeczeń. Kontryktryjność postępowania odwoławczego musi być rozumiana w ten sposób, że obowiązkiem jego uczestników jest wskazywanie faktów i dowodów na ich poparcie odnoszących się do realiów konkretnej sprawy, nie zaś formułowanie twierdzeń wyabstrahowanych od danego stanu faktycznego. Za dowód w postępowaniu odwoławczym nie mogą być uznane w szczególności orzeczenia Izby zapadłe na gruncie innych postępowań odwoławczych nie tylko dlatego, że nie zostały wymienione w otwartym zresztą katalogu dowodów sformułowanym w przepisie art. 190 ust. 3 Pzp, ale z tej przyczyny, że nie spełniają one wspomnianego wcześniej wymogu. Izba stwierdziła zatem, że omawiany zarzut nie mógł się ostać, bowiem jego uzasadnienie ograniczone zostało li tylko do przytoczenia poglądu Izby wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 maja 2013 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 896/13. Przyjmując nawet, że treść zarzutu Odwołującego skonstruowana została w oparciu o zacytowany w treści odwołania fragment wzmiankowanego orzeczenia, to winien on udowodnić jego prawdziwość na gruncie tej sprawy, tj. wykazać że podmioty wymienione w treści polisy rzeczywiście konkurują

o ochronę ubezpieczeniową w sposób nie dający się pogodzić z treścią postawionego

warunku udziału w Postępowaniu. Tymczasem Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do treści polisy, którą zakwestionował.

W zakresie trzeciego aspektu rozpoznanej sprawy Izba stwierdziła, że rację miał Odwołujący twierdząc, iż Zamawiający w zasadniczy sposób zmienił brzmienie warunku udziału w Postępowaniu, na potwierdzenie którego wykonawcy mieli złożyć opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający skuteczne zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, wobec czego polisa przedłożona przez Przystępującego nie odpowiada jego treści.

Na podstawie przesłanej do Izby dokumentacji Postępowania ustalono, że warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ) dotyczył pierwotnie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie przedmiotu zamówienia z minimalną sumą gwarancyjną 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia (podkreślenie Izby) wraz z klauzulami dotyczącymi odpowiedzialności za działania podwykonawców (w przypadku wskazania podwykonawców) oraz klauzulami obejmującymi ochroną ubezpieczeniową ryzyka przenoszenia chorób zakaźnych i innych zakażeń wewnątrzszpitalnych (w tym HIV). Następnie, w wyniku modyfikacji treści SIWZ dokonanej w dniu 11 kwietnia 2014 r., nadano mu brzmienie, zgodnie z którym wykonawcy mieli posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie przedmiotu zamówienia z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia (podkreślenie Izby). Z powyższym warunkiem skorelowane było żądanie dokumentu, pierwotnie w postaci oświadczenia wykonawcy o posiadaniu stosownej polisy, a następnie – w wyniku wspomnianej modyfikacji postanowień SIWZ – 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 z minimalną sumą gwarancyjną „[...]500.000,00 zł (pięćset tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia.[...]” (oryginalna pisownia Zamawiającego – patrz brzmienie pkt 3 ppkt 3.1 SIWZ w piśmie z dnia 11 kwietnia 2014 r.). Co więcej, w konsekwencji opisanych powyżej modyfikacji, analogicznej zmianie uległo również postanowienie § 10 ust. 2 wzoru umowy, dotyczące posiadania przez wykonawcę, przez cały okres obowiązywania umowy, ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Wobec tego zauważyć należy, że Zamawiający – po pierwsze – zrezygnował z zamieszczenia w treści warunku udziału w Postępowaniu zapisów o klauzulach dotyczących odpowiedzialności za działania podwykonawców, po drugie zaś – odstąpił od określenia górnej granicy odpowiedzialności ubezpieczyciela w okresie objętym

zawartą umową ubezpieczenia, ograniczając ów wymóg jedynie do minimalnej wysokości odszkodowania z jednego wypadku ubezpieczeniowego.

Biorąc pod uwagę przytoczone okoliczności Izba stwierdziła, że –

i – warunek wbrew zapatrywaniom Zamawiającego Przystępującego

udziału

w Postępowaniu, a w konsekwencji także opis sposobu jego spełniania uległy zasadniczej zmianie. Jakkolwiek, w odniesieniu do drugiego ze zmienionych postanowień SIWZ (dokumentu żadanego na potwierdzenie spełniania omawianego warunku),

można uwzględnić argumentację Zamawiającego, że modyfikacja podyktowana została koniecznością doprowadzenia SIWZ do stanu zgodności z Pzp (w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp zamawiający – formułując warunek udziału w takim postępowaniu – jest zobligowany do żądania odpowiednich dokumentów, których katalog określony jest przepisami Rozporządzenia – argument z art. 26 ust. 1 Pzp), to już z twierdzeniami o sposobie interpretacji zmienionego warunku udziału w Postępowaniu zgodzić się nie sposób.

Twierdzenia Zamawiającego, że – dokonując modyfikacji postanowienia pkt 2 ppkt 2.1 SIWZ – nie miał zamiaru oczekiwać od wykonawców przedstawienia polisy z nieoznaczoną górną granicą odpowiedzialności ubezpieczyciela były – po pierwsze – gołosłowne, jako że Zamawiający nie starał się nawet wskazać na jakąkolwiek wysokość sumy gwarancyjnej, do której – w jego ocenie – miałyby być ograniczona odpowiedzialność

ubezpieczyciela. Po drugie zaś – zreferowane stanowisko Zamawiającego jest irrelewantne dla oceny tej kwestii, bowiem powinien on dbać o precyzję zmienianych postanowień SIWZ i przewidywać możliwe konsekwencje wprowadzanych modyfikacji. Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego sprowadzona została w istocie do twierdzenia, że pomimo zmiany brzmienia spornego postanowienia SIWZ jego sposób interpretacji pozostał taki sam. Gdyby tak jednak było, to Zamawiający – zdaniem Izby – sformułowałby ów warunek inaczej, odnosząc sumę gwarancyjną chociażby do wielokrotności odszkodowania za jeden wypadek ubezpieczeniowy (przykładowo – 500.000,00 zł za jeden wypadek ubezpieczeniowy, 1.500.000,00 zł za wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w okresie ubezpieczenia). Izba podkreśla przy tym, że nie badała powodów zamieszczenia w treści SIWZ określonych postanowień, czy motywów, które kierowały Zamawiającym dokonując ich zmiany, bowiem kontrolę takową sprawuje w postępowaniach odwoławczych, których przedmiotem są postanowienia SIWZ.

Rozstrzygając omawianą kwestię Izba uwzględniła również przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci prywatnej opinii broker ubezpieczeniowego, sporządzonej na zlecenie Odwołującego uznając, że wnioski w niej zawarte są logiczne

i spójne z wynikami przeprowadzonej przez Izbę analizy dokumentacji Postępowania. Izba miała również na względzie, że ani Zamawiający, ani Przystępujący w żaden sposób nie podważyli wiarygodności i mocy dowodowej zaofiarowanego przez Odwołującego dowodu. Przeciwnie – Zamawiający – po zapoznaniu się na rozprawie z treścią wzmiankowanej opinii – stwierdził, że „[...]zgadza się z jej treścią, tj. ze stwierdzeniem, że polisa przedłożona przez odwołującego, jest rzadko spotykana na rynku, tym niemniej podkreśla, że nie było jego intencją zobowiązywanie wykonawców do posiadania takiej polisy, jaką przedłożył odwołujący[...]” (protokół rozprawy, str. 4).

Co zaś dotyczy twierdzeń Konsorcjum DGP, że dla oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu winno mieć znaczenie wyłącznie literalne brzmienie odnoszącego się doń postanowienia SIWZ Izba wskazuje, że w świetle takiego twierdzenia, mając jednocześnie na uwadze dokonaną w tym zakresie zmianę SIWZ, polegającą na wykreśleniu z treści warunku słów „[...]i wszystkie zdarzenia[...]”, to właśnie polisa Konsorcjum DGP nie odzwierciedla literalnego brzmienia omawianego warunku, w jego zaktualizowanym brzmieniu.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Izba doszła do przekonania, że konieczne jest unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie Konsorcjum DGP do przedłożenia – zgodnie z postanowieniem pkt 3 ppkt 3.1 SIWZ, w brzmieniu obowiązującym po zmianie z dnia 11 kwietnia 2014 r. – dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wskazani powyżej wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia z minimalną sumą gwarancyjną – 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) dla jednego zdarzenia (podkreślenie Izby), o czym orzeczono w pkt 1.1 i 1.2 sentencji orzeczenia. Wspomniane dokumenty – zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp – powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert. Po wykonaniu tych czynności Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert (pkt 1.3 sentencji orzeczenia), uzależniając sposób dalszego postępowania z Konsorcjum DGP od wyników czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Gdyby bowiem miało się okazać, że nie złoży ono na wezwanie Zamawiającego, odpowiedniego dokumentu (dokumentów), sankcją jest wykluczenie z udziału w Postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznanie oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 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 (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: