

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ekologiczna 7, 80-209 Chwaszczyno**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Jednostka Wojskowa 4352, ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ekologiczna 7, 80-209 Chwaszczyno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ekologiczna 7, 80-209 Chwaszczyno, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zakładu Innowacyjnego Technik Energetycznych „Promat” Spółka

1

z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ekologiczna 7, 80-209 Chwaszczyno na rzecz Skarbu Państwa, Jednostka Wojskowa 4352, ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa, Jednostka Wojskowa 4352 w Giżycku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie „Usługi eksploatacji systemu ciepłowniczego Szeroki Bór i Orzysz”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. nr 2012/S 95-157658, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana „SIWZ”, na stronie internetowej Zamawiającego - w dniu 19 maja 2012 r.

Odwołujący - Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chwaszczynie - wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, w zakresie opisu sposobu dokonania oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej:

I. Wiedzy i doświadczenia - przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez sformułowanie treści:

1. Ogłoszenia - Sekcja III.2.3), ust. 1 w brzmieniu: „Kwalifikacje techniczne, Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. Dowód wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesyłaniu i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000,00 PLN - część I, w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 PLN - część II”.

2. SIWZ:

1) Rozdział V: Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, ust. 3 w brzmieniu:

„3. Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, jeżeli wykaże się wykonaniem w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesyłaniu i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000,00 zł - część I, w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 zł - część II.”

2) Rozdział VI: Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu

3

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pkt 12 w brzmieniu:

„W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: Dowód wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesyłaniu i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000,00 zł. - część I, w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 zł. - część II”.

II. Sytuacji ekonomicznej i finansowej - przepis art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy przez sformułowanie treści:

1. Ogłoszenia - Sekcja III.2.2) w brzmieniu: „Zdolność ekonomiczna i finansowa, Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. Opiślaną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 1 000 000,00 PLN - część I, 11 000 000,00 PLN - część II”.

2. SIWZ:

1. Rozdział V: Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, ust. 5 w brzmieniu: „5. Zamawiający uzna, iż Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jeżeli przedłoży opisaną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 1 000 000,00 zł - część I, 11 000 000,00 zł - część II”.

2. Rozdział VI: Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, pkt 14 w brzmieniu: „W celu potwierdzenia, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: Opiślana polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 1 000 000,00 zł - część I, 11 000 000,00zł - część II”.

Odwolujący podał, że treść ogłoszenia i SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (przepis art. 7 ust. 1 ustawy), a także zasadę proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, rozumianą jako adekwatność do przedmiotu zamówienia (przepis art. 22 ust.

4

4 ustawy).

Odwołujący wskazał, że ma interes wnosząc odwołanie, gdyż posiada 23 letnie doświadczenie w świadczeniu usług tożsamych z przedmiotem zamówienia, wielokrotnie odpowiadających (bądź przewyższających) mu swoim zakresem i rozmiarem, wiedzę oraz potencjał ekonomiczny i finansowy do pełnego, prawidłowego i zgodnego z SIWZ zrealizowania zamówienia. Nie może, podobnie jak wielu innych doświadczonych wykonawców, wobec dokonania przez Zamawiającego nieproporcjonalnego (nadmiernego) do przedmiotu zamówienia i oderwanego od jego istoty (jaką jest zapewnienie dostawy i dystrybucji ciepła dla obiektów Zamawiającego o ściśle określonej przez niego mocy i kubaturze) opisu warunków udziału w postępowaniu, ubiegać się o udzielenie zamówienia. Stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuprawniony, ograniczył krąg wykonawców zdolnych sprostać nieuzasadnionym oczekiwaniom. W konsekwencji Zamawiający spowodował, że Odwołujący nie jest w stanie spełnić warunków, będąc pozbawionym możliwości udziału w postępowaniu. Nieuzasadniona i niezgodna z ustawą nieadekwatność warunków udziału w postępowaniu powoduje, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. Zobowiązanie Zamawiającego do:

1) zmiany ogłoszenia w części objętej sekcją III.2.2) - nadając mu brzmienie: „Zdolność ekonomiczna i finansowa, Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 500.000,00 PLN - część I, 5 000 000,00 PLN - część II”,

2) zmiany ogłoszenia w części objętej sekcją III.2.3), ust.1, nadając mu brzmienie:

„Kwalifikacje techniczne, Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: 1. Dowód wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesył i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach o mocy minimum 0,87 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 44360m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 4980 GJ - część I, w kotłowniach o mocy minimum 6,12 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 231187m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 36900 GJ - część II”,

3) zmiany SIWZ w części:

a) Rozdział V: Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, ust. 3, nadając mu brzmienie:

5

„3. Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, jeżeli wykaże się wykonaniem w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesył i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach o mocy minimum 0,87 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 44360m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 4980 GJ - część I, w kotłowniach o mocy minimum 6,12 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 231187m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 36900 GJ - część II”,

b) Rozdział VI: Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, pkt 12, nadając mu brzmienie:

„W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: Dowód wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesył i dystrybucji energii cieplnej: w kotłowniach o mocy minimum 0,87 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 44360m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 4980 GJ - część I, w kotłowniach o mocy minimum 6,12 MW dla obiektów o kubaturze ogrzewanej nie mniejszej niż 231187m³ oraz ilości przekazywanej energii cieplnej minimum 36900 GJ - część II”.

4) zmiany SIWZ w części:

a) Rozdział V: Warunki Udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, ust. 5, nadając mu brzmienie:
„5. Zamawiający uzna, iż Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jeżeli złoży/przedłoży opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 500 000,00 zł - część I, 5 000 000,00 zł - część II.”

b) Rozdział VI: Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, pkt 14, nadając mu brzmienie: „W celu potwierdzenia, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 500 000,00 zł - część I, 5 000 000,00 zł - część II”.

6

2. Obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w szczególności kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Rozpoznanie sprawy także pod nieobecność Odwołującego.

4. Przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) w zakresie wiedzy i doświadczenia przez uzależnienie oceny od wartości usług na określony rodzaj paliwa, jakie wykonawcy świadczyli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000,00 PLN - część I, w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 PLN - część II”,

2) w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej przez wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: 1 000 000,00 PLN - część I, 11 000 000,00 PLN - część II.”

Wskazał, że warunki udziału w postępowaniu są nie tylko nieproporcjonalne, nieadekwatne i w związku z tym niezgodne z ustawą, w szczególności z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 i ust. 4 ustawy, gdyż w sposób sztuczny, nieuprawniony i nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, zawężają krąg wykonawców godząc w zasadę równego ich traktowania i ograniczając uczciwą konkurencję. Podniósł, że warunki są oderwane od istoty i specyfiki zamówienia, która dotyczy eksploatacji systemu ciepłowniczego, produkcji czynnika grzewczego dla potrzeb co, cwu i pary technologicznej wraz z dostawą przez sieci ciepłownicze niskich parametrów do wymienników i węzłów cieplnych dla potrzeb budynków administrowanych przez Zamawiającego.

Uznał, że z powyższego wynika, iż: 1) nie jest kluczową okolicznością jaką postać będzie miał czynnik grzewczy - paliwo, tj. stałą czy płynną, 2) nie jest istotną wartością wynagrodzenia za usługi wykonywane przez wykonawcę przed dniem złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, 3) celem zamówienia jest dostawa i dystrybucja energii cieplnej na potrzeby ogrzania budynków o określonej kubaturze, 4) przedmiotem zamówienia nie są usługi, mogące generować szkodę, uzasadniającą tak wysoką sumę ubezpieczenia.

Odwołujący wskazał, że celem zamówienia jest zapewnienie ogrzewania budynków Zamawiającego, więc by temu sprostać należy mieć odpowiedni potencjał i doświadczenie, stąd ocenił, że sama konieczność określenia przez Zamawiającego szczególnych warunków udziału w postępowaniu, po to by móc wyłonić podmiot wyspecjalizowany i profesjonalny w tej dziedzinie, nie budzi jego zastrzeżeń. Podniósł jednak, że nie jest dozwolone

7

ograniczanie kręgu wykonawców ponad uzasadnioną miarę.

Podał, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i judykatury, warunki udziału w

postępowaniu, tzw. warunki podmiotowe, powinny być związane z przedmiotem zamówienia, powinny też być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czyli do jego zakresu lub wartości. Doświadczenie w stosowaniu ustawy dopuszcza określenie warunków udziału w postępowaniu stosując miernik wartości, lecz winien on być stosowany wyjątkowo, w sytuacji kiedy sposób oceny spełniania danego warunku nie może być opisany w sposób związany z zakresem zamówienia. Uznał, że w rozpoznawanej sprawie, nie tylko możliwe jest określenie sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu na podstawie kryteriów związanych z zakresem przedmiotu umowy, ale są to jedyne kryteria, jakie mogą być zastosowane, gdyż ze względu na specyfikę świadczeń, kryterium ceny jest nie tylko nieprzydatne lecz fałszujące obraz danego wykonawcy.

Odnosząc się do zamieszczonych wymagań, Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał istotne parametry związane z realizacją przedmiotu zamówienia, tj.:

1. Zapotrzebowanie na moc: a) 0,87 MW - część I zamówienia (druga strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt I ust. 3 in fine), b) 6,12 MW - część II zamówienia (trzecia strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt II ust. 3 in fine);
2. Kubatura ogrzewanych obiektów: a) 44360 m³ - część I zamówienia (pierwsza strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt I ust. 1 tiret pierwszy), b) 231187 m³ - część II zamówienia (druga strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt II ust. 1 tiret pierwszy);
3. Ilość przekazywanej energii cieplnej: a) 4980 GJ - część I zamówienia (druga strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt I ust. 3 in fine), b) 36900 - część II zamówienia (trzecia strona ogłoszenia - sekcja II.1.5. pkt II ust. 3 in fine).

Odwołujący wskazał, że przedstawione parametry posłużyły mu do sformułowania nowego brzmienia skarżonych warunków udziału w postępowaniu, jako zgodnych z potrzebami Zamawiającego i adekwatnych do przedmiotu zamówienia, także całkowicie wystarczających by w sposób bardzo precyzyjny wyłonić wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie konieczne dla prawidłowej realizacji usługi.

Odwołujący podkreślił, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie tylko nie może opierać się wyłącznie na wartości wcześniej wykonanych zamówień, lecz w ogóle nie może takiego kryterium zawierać. Jest to ściśle związane ze specyfiką zamówienia.

Odwołujący przedstawił pogląd na temat kształtowania ceny za usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia, wskazując, że cena wykonawcy kształtowana jest w oparciu o tak zróżnicowane kryteria, że wymykają się one jakiegokolwiek możliwości porównania. Na cenę usługi ma wpływ na przykład czas jej wykonywania - w tym przypadku Zamawiający zmuszony był wyliczyć wartość przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę oczekiwany przez

8

niego czas jego realizacji, tj. 3 lata, a zatem i żądane przez niego wartości dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, muszą zakładać przynajmniej taki okres. Nie jest więc możliwe porównanie doświadczeń wykonawców, którzy wskazali wartości swoich kontraktów realizowanych w różnych okresach. Odwołujący uznał, że istotna jest też jakość i parametry sieci ciepłowniczych usługobiorców, gdyż inna będzie cena dostaw ciepła dla poszczególnych zamawiających, a więc i wartość całych kontraktów, jeżeli inne są koszty ogrzewania tej samej kubatury budynków w zależności od tego, czy sieć ciepłownicza ma wyższe bądź niższe parametry, jest starsza bądź nowsza. Podał, że należy brać też pod uwagę inne czynniki mające w sposób wyraźny wpływ na kształtowanie wartości usługi, takie jak: długość sieci ciepłych, układ technologiczny systemu ciepłego, stan techniczny i jakość źródeł ciepła (kotłowni), które mogą powodować wyższe lub niższe straty ciepła, a także wpływają na sprawność produkcji ciepła i w konsekwencji koszt ogrzewania. Zdaniem Odwołującego, o wartości usługi może decydować także taryfa dla ciepła zatwierdzana przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, a w końcu również szczególne okoliczności, które powodują, iż dany wykonawca wycenił realizację danego zamówienia znacznie korzystniej niż inni, ze względu na sprzyjające mu warunki.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że stosując kryteria wartościowe żądane przez Zamawiającego, mogłoby dojść do sytuacji, gdy ofertę złoży wykonawca, który spełnia kryterium wartościowe, lecz nie ma żadnego doświadczenia w ogrzewaniu tak dużych kubatur jak objęte zamówieniem.

Odwołujący wskazał, że nie jest ważne, czy wykonawca realizował usługę dostarczając paliwo płynne czy stałe w jakichkolwiek ilościach, lecz istotne jest tylko to, czy miał wcześniej do czynienia z danym rodzajem czynnika grzewczego. Rodzaj czynnika grzewczego może

tylko determinować konieczność dysponowania pracownikami posiadającymi uprawnienia do eksploatacji i dozoru kotłowni opalanych danymi rodzajami paliw, lecz tej okoliczności nie wykazą warunki opisane przez Zamawiającego. Nie jest zasadne ograniczanie dostępu do postępowania wykonawcom, którzy na przykład wykonali usługę polegającą na eksploatacji systemu opalanego olejem opałowym o mocy 5 MW i produkcji ciepła 20000 GJ i drugiego systemu opalanego węglem o mocy 7 MW i produkcji ciepła 50000 GJ. Zamawiający opisując warunek dotyczący doświadczenia dokonał podziału na kotłownie na paliwo stałe i płynne, gdyż w danych częściach zamówienia takimi źródłami ciepła właśnie dysponuje. Rodzaj paliwa nie może jednak przesądzać o doświadczeniu wymaganym dla danej części zamówienia, albowiem wykonawca, który miał jakąkolwiek styczność z dwoma rodzajami paliw, wykazując się doświadczeniem w paliwie płynnym (bądź mieszanym) dla określonej kubatury, mocy i ilości produkowanej energii cieplnej, ma wystarczającą wiedzę i doświadczenie, aby zrealizować zadanie dla paliwa stałego i odwrotnie. Odwołujący podniósł, że nie znajduje podstaw do żądania wykazania się przez wykonawców

9

zdolnością ekonomiczną i finansową w postaci posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia na kwoty odpowiednio: 1 000 000,00 zł - część I i 11 000 000,00 zł - część II. Wskazał, że posiadanie takiego ubezpieczenia jest okolicznością normalną dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, lecz jego suma jest nie tylko niemal niespotykana lecz także niczym nieuzasadniona. Podniósł, że umowy ubezpieczenia zawierane są z reguły na rok, zaś wartość przedmiotu zamówienia i oszacowana przez Zamawiającego w oparciu o nią wymagana suma ubezpieczenia, musiała być obliczona dla kontraktu 3-letniego. A zatem, w żadnym razie nie może być uzasadnione żądanie posiadania omawianego ubezpieczenia na sumę większą niż odpowiadającą wartości przedmiotu zamówienia dla 1 roku. Biorąc pod uwagę szacowaną wartość całego zamówienia określoną przez Zamawiającego na kwotę 4.061.306,15 EUR (strona 8 odwołania - sekcja II.2.1) pkt III) in fine), tj. 16 324 826,20 PLN, suma ubezpieczenia za 1 rok nie powinna przekroczyć kwoty 5.441.608,73 zł (na obie części). Odwołujący wziął pod uwagę tę kwotę formułując żądane zmiany w ogłoszeniu i SIWZ. Odwołujący stwierdził, że specyfika usług związanych z przedmiotem zamówienia nie uzasadnia żądania ubezpieczenia na kwoty określone w SIWZ i ogłoszeniu, wskazując, że świadczenie wykonawców nie może skutkować powstaniem szkód w tym rozmiarze. Dostawa energii cieplnej nie generuje tak dużego ryzyka, czyniąc proponowane przez Odwołującego sumy ubezpieczenia nadmiernymi. Podniósł również, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia będzie wymagał zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny ofertowej, a także ubezpieczenia majątku Zamawiającego. To wszystko powoduje, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej jest nadmierny i jako taki niezgodny z ustawą.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, zarzucił bezzasadność postawionych zarzutów i żądań oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym obowiązkiem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający podał, że nie zgadza się z zarzutami i żądaniem wykonawcy, uznając je za bezzasadne. Wskazał, że bezspornym faktem jest, iż wartość szacunkowa zamówienia wynosi 4 061 306,15 euro (co stanowi równowartość wyrażonej w złotych polskich bez podatku VAT kwoty 16 324 826,20 zł), z czego: wartość zadania Nr 1 (część I) to 319 846,90 euro (co stanowi równowartość wyrażonej w złotych polskich bez podatku VAT kwoty 1 285 656,59 zł), wartość zadania Nr 2 (część II), to 741 459,25 euro (co stanowi równowartość wyrażonej w złotych polskich bez podatku VAT kwoty 15 039 169,61 zł).

10

W odniesieniu do zarzutu pierwszego, Zamawiający stwierdził, że właściwe sformułował postanowienia wskazujące na sposób ocenienia wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie. Opis spełniania warunku jest zgodny z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do wielkości zamówienia. Zamawiający wskazał, że wymagał

aby wykonawca wykazał się wykonaniem jednej usługi polegającej na wytwarzaniu, przesyle i dystrybucji energii cieplnej w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000, 00 zł, gdy wartość zamówienia wynosi 1 285 656,59 zł (część I eksploatacja systemu ciepłowniczego w skład, który wchodzi dwie kotłownie na miał węglowy IIA, klasa 24-15-0,6) oraz jednej usługi polegającej na wytwarzaniu, przesyle i dystrybucji energii cieplnej w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 zł, gdy wartość zamówienia wynosi 15 039 169,61 zł (część II eksploatacja systemu ciepłowniczego w skład, który wchodzi sześć kotłowni na olej opałowy lekki). Postawienie warunków przez Zamawiającego miało na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia. Żądane od wykonawców wykazanie się wiedzą i doświadczeniem przez zrealizowanie zamówień na określone kwoty w ciągu ostatnich trzech lat, nieprzekraczające wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego, jest proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że w „ponadprogowych” postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego „jest zobowiązany określić poziom, od którego uzna doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, zachowując właściwe proporcje do wielkości tego zamówienia” (uchwała KIO z dnia 20.05. 2010 r. KIO/KU 34/10). Zdaniem Zamawiającego, mechanizm oceny doświadczenia został sformułowany przez uznanie za wystarczające (w znaczeniu - konieczne, minimalne i proporcjonalne) zrealizowanie usług na kwoty: 1 mln zł dla części I i 11 mln zł dla części II. Zamawiający uznał, że nie może przychylić się do żądania Odwołującego w przedmiocie wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem i wiedzą w wykonywaniu usług polegających na wytwarzaniu, przesyle i dystrybucji energii cieplnej w zakresie części I w kotłowniach o mocy minimum 0,87 MW, a dla części II w kotłowniach o mocy minimum 6,12 MW, gdyż jest to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia, warunków stawianych wykonawcom. Zamawiający podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu - Sekcja II 1.6 i SIWZ - Rozdział III wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że w skład sieci ciepłowniczej w zakresie części I zamówienia wchodzi kotłownie o mocy 2,2 MW i 50 kW, zaś w części II kotłownie o mocy 1,2 MW, 4,08 MW, 6,0 MW, 314 kW i 550 kW. Zatem uznał, że żądania Odwołującego w żaden sposób nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, a wręcz od niego odbiegają. Wskazał, że w części I są dwie kotłownie o mocy 2,2 MW i 50 kW, zatem wniosek Odwołującego o wprowadzenie żądania wykazania się przez wykonawców realizacją usług w kotłowniach o mocy 0,87 MW, jest nieuzasadniony. Uznał,

11

że brak jest podstaw do stwierdzenia, czym kierował się Odwołujący wyliczając podaną minimalną moc kotłowni, nie jest to wielkość ani minimalna, ani średnia, ani też maksymalna w stosunku do mocy kotłowni wskazanych w SIWZ, a wręcz oderwana od zakresu zamówienia.

W zadaniu nr 2 (części II) jest sześć różnych kotłowni, najmocniejsza z nich, to kotłownia nr 263 o mocy 6,0 MW. Żądanie Odwołującego wprowadzenia wymogu wykazania się przez wykonawców usługami w kotłowniach minimum 6,12 MW, czyli kotłowniach o większej mocy niż kotłownie podane w SIWZ, jest bezpodstawne.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z uchwałą KIO/UZP z dnia 21 grudnia 2009 r. KIO/KU 50/09 i uchwałą KIO/UZP z dnia 12 listopada 2009 r. KIO/KD 41/09, postawienie warunków większych niż przedmiot zamówienia, należy uznać za warunki nadmierne oraz ograniczające konkurencję. Na marginesie zauważył, że wymóg odnoszący się do wiedzy i doświadczenia ma też tę zaletę, że nie utrudnia złożenia oferty wykonawcom, którzy sami nie posiadają doświadczenia i wiedzy w zakresie opisanym przez Zamawiającego, mogą bowiem wykazać się w zakresie wykonywania usług na kwoty: 1 mln zł - część I i 11 mln zł - część II, doświadczeniem innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy.

W odniesieniu do zarzutu drugiego, Zamawiający stwierdził, że właściwe sformował sposób oceny kondycji ekonomicznej i zdolności finansowej wykonawców ubiegających się o zamówienie. Uznał, że opis dokonania oceny spełnienia warunku jest proporcjonalny do wielkości zamówienia, gdyż Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedłożył opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia na kwoty nie mniejsze niż określone przez Zamawiającego, jako wartości poszczególnych części zamówienia. Żądanie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest

ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia, potwierdzającej ochronę ubezpieczeniową do kwot równych, co najmniej wartości poszczególnych części zamówienia wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, jest proporcjonalne i adekwatne do wielkości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podał, że nie może przychylić się do żądania Odwołującego w przedmiocie wprowadzenia wymogu wykazania się przez wykonawców zdolnością ekonomiczną i finansową przez dołączenie do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia, na kwoty nie mniejsze niż w zakresie części I 500 000,00 zł, a w zakresie części II 5 000 000,00 zł. Wskazał, że Odwołujący uzasadnił swoje żądania tym, iż usługa będąca przedmiotem

12

zamówienia nie generuje tak dużego ryzyka i powstania szkody w rozmiarach żadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, a wręcz odwrotnie, stwierdził, że niewłaściwe wykonywanie usługi może skutkować dużą szkodą w mieniu i w osobach. Kotłownia wskazana w części I SIWZ, tj. kotłownia nr 62 w budynku warsztatowym oraz kotłownie wskazane w części II SIWZ, tj. kotłownie nr 172 - budynek stołówka i nr 1 - w piwnicy kawiarni „Anna”, są umieszczone w budynkach i połączone z budynkami, stale użytkowanymi przez ludzi. Niewłaściwe wykonywanie usługi może spowodować, np. wybuch kotła, który zniszczy nie tylko budynek, ale może również spowodować szkody w stanie osobowym, czy niewłaściwy nadzór przez brak drożności wentylacji może spowodować ulatnianie się czadu. Na poparcie twierdzenia, że usługa objęta przedmiotem zamówienia jest obciążona znacznym ryzykiem i może spowodować znaczne szkody, Zamawiający wskazał, że sam ustawodawca nałożył na osoby wykonujące pracę palacza co. obowiązek posiadania specjalnych zaświadczeń kwalifikacyjnych, upoważniających do wykonywania tego typu prac. Zamawiający nadmienił, że kotłownie obsługiwane przez wykonawcę, który zostanie wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powstały w latach 70-tych i 80-tych poprzedniego wieku, i były jedynie w niewielkim stopniu modernizowane, a więc nie są to urządzenia nowoczesne i wymagają stałego nadzoru i uwagi obsługujących je osób. Odnosząc się do zarzutu nieadekwatności żadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący sformułował zarzut wskazując na fakt, iż Zamawiający żąda ponadto zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% oferowanej ceny, a także ubezpieczenia majątku Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest pokrycie kar umownych w przypadku, gdy potencjalny wykonawca wykonuje umowę nienależycie lub od niej odstąpi, zaś ubezpieczenie w zakresie OC ma za zadanie pokrycie strat związanych z nieszczęśliwymi wypadkami, np. kradzieży, pożaru itp. Jednym z zadań ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest pokrycie szkód wyrządzonych osobom : i zniszczenia mienia z winny wykonawcy, czego nie można przypisać należytemu wykonaniu umowy i ubezpieczeniu mienia. Przedstawiając powyższe argumenty wskazujące na bezzasadność odwołania, Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W piśmie z dnia 4 czerwca 2012 r. wniesionym do Prezesa Izby faksem w dniu 5 czerwca 2012 r. i złożonym do akt sprawy w formie pisemnej na posiedzeniu, Odwołujący zmienił żądanie odstępując przy formułowaniu własnego opisu z określić „w kotłowniach” (usługa polegająca na wytwarzaniu, przesyle i dystrybucji energii cieplnej o mocy minimum 0,87 MW..., część I i o mocy minimum 6,12 MW..., część II).

13

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący, jako potencjalny wykonawca, jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż w trybie przetargu nieograniczonego, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani

wykonawcy (art. 39 ustawy).

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający opisał w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, co jest niesporne między stronami, żądając: 1) potwierdzenia wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej po jednej usłudze polegającej na wytwarzaniu, przesyłaniu i dystrybucji energii cieplnej w kotłowniach na paliwo stałe na kwotę 1 000 000,00 PLN - część I i w kotłowniach na paliwo płynne na kwotę 11 000 000,00 PLN - część II (Seksja III.2.3), ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział V ust. 3 SIWZ); 2) załączenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN - część I i 11 000 000,00 PLN - część II (Seksja III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział V ust. 5 SIWZ).

Rozpoznając zarzuty, które wyznaczają granice rozpoznania odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy), Izba miała na uwadze, że przepis art. 22 ust. 1 ustawy, mający zastosowanie do wszystkich udzielanych zamówień publicznych, określa ustawowe warunki udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający dokonuje konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ przez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, który stanowi przyjętą metodę oceny, jaką Zamawiający zastosuje w celu podmiotowej weryfikacji wykonawców, pod kątem wyboru wykonawcy spełniającego wymagania w zakresie realizacji zamówienia (wykonawcy, który swoimi właściwościami gwarantuje odpowiedni poziom pewności - daje rękojmię, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia). Zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tych, które uważa za niezbędne dla zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia, co wynika z treści przepisu art. 26 ust. 2a ustawy (wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym).

14

W orzecznictwie Izby wskazano, że „Nie jest, zatem zgodne z ustawą Pzp wskazanie, iż zamawiający będzie dokonywał weryfikacji doświadczenia wykonawców na podstawie wykonanych przez nich świadczeń podobnych jak w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołuje się w ten sposób na własne rozumienie postawionych wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, niewynikającego z treści opisu sposobu oceny spełnienia warunków, albo odnoszące się do przedmiotu zamówienia, tymczasem to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, a nie opis przedmiotu zamówienia powinien określać jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców” (wyrok z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 78/07).

Potwierdzono również w orzecznictwie, że ocena niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawców może być dokonana na podstawie wartości zrealizowanych dostaw, usług lub robót budowlanych, co w sprawie również nie jest sporne (Odwołujący przyznaje taką możliwość - str. 9 odwołania, trzeci akapit od dołu rozpoczynający się od wyrazów „Zgodnie z utrwalonym poglądem...”, zdanie trzecie w akapicie). W wyroku z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 402/08 Izba przyjmując opis odnoszący się do wartości zrealizowanych robót budowlanych za właściwy dla oceny podmiotowej wykonawców, podkreśliła, że „warunek realizacji basenów o wartości każdy po 10 000 000 zł, w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, nie może być uznany obiektywnie za wygórowany, skoro stanowi niespełna ułamek 2/3 przedmiotowego zamówienia”. W tym samym wyroku podkreślono też, „iż za warunek wygórowany dotyczący wartości zrealizowanych prac i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uznaje się taki, który określa górną granicę objętych doświadczeniem zawodowym znacznie powyżej wartości szacunkowej zamówienia”. W rozpoznawanej sprawie żądana wartość wykonanych usług wynosi w stosunku do wartości zamówienia 77,78% w części I i 73,14% w części II zamówienia, co odpowiada akceptowanej w orzecznictwie wielkości.

Należy uznać, że co do zasady, obowiązek i uprawnienie w zakresie właściwego opisu

sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, leży po stronie Zamawiającego.

Granice opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikają z art. 22 ust. 4 ustawy, który stanowi, że opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei z art. 7 ust. 1 ustawy wynika zakaz opisu naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przepis art. 22 ust. 4 ustawy może stanowić podstawę do oceny i żądania obniżenia nazbyt restrykcyjnych w stosunku do danego przedmiotu zamówienia wymagań zamawiającego, nie stanowi natomiast podstawy do określenia przez wykonawców własnych, nowych i

15

rozszerzonych w stosunku do wymagań zamawiającego, warunków udziału w postępowaniu i uprawnienia do narzucenia ich zamawiającemu z powołaniem się na fakt, iż są bardziej przystające i proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia (opracowanie pt. „Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, Warszawa 2011, str. 41; Kapitał ludzki Narodowa strategii spójności, PARP, Urząd Zamówień Publicznych; z opracowania pochodzą również cytowane wyżej wyroki Izby, str. 38, 40 i 43).

Związanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia powinno wynikać z celu, jakiemu opis ma służyć, zaś proporcjonalność powinna przejawiać się w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia.

Odwolujący, obciążony obowiązkiem udowodnienia zarzutu braku związania opisu z przedmiotem zamówienia i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz uprawnieniem do żądania wyłącznie złagodzenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawił w tym zakresie wyłącznie własną propozycję opisu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynikającą z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, podnosząc, że jest ona bardziej zasadna i właściwa dla potrzeb Zamawiającego, co pozostaje w sprzeczności z przedstawionym orzecznictwem i piśmiennictwem.

Oceniając zarzut dotyczący opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie oraz złożonym na rozprawie. Pełnomocnik strony złożył do akt sprawy opracowanie przedstawiające wykaz kotłowni wraz z ich opisami oraz szkicami sytuacyjnymi, z których wynika, że ze względu na lokalizację obiektów, stan techniczny, a także powierzenie usługi eksploatacji systemu ciepłowniczego po raz pierwszy wykonawcy będącemu podmiotem zewnętrznym, zasadne i najbardziej optymalne jest odniesienie wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy do wartości wykonanych usług.

W ocenie Izby, zasługuje na aprobatę stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 13 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 185/12 i 221/12, w którym „Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z odwołaniem się do wartości wykonanych wdrożeń, którymi mają legitymować się wykonawcy. Izba stanęła na stanowisku, że wartość zrealizowanego wdrożenia jest jednym z elementów obrazujących jego skalę i złożoność. Zamawiający nie ma obowiązku, ale ma prawo posługiwać się tym elementem przy opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w

16

postępowaniu. Granice swobody Zamawiającego w dokonaniu tego opisu wyznacza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający uznał, że wartość zrealizowanych zamówień jest istotna z punktu widzenia doświadczenia, to miał prawo to zrobić, o ile wartość tę określi na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.”

W rozpoznawanej sprawie nie został wykazany brak powiązania opisu sposobu dokonania oceny z przedmiotem zamówienia, jak również brak proporcjonalności do przedmiotu

zamówienia.

W zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej, Odwołujący wniósł o zmniejszenie kwoty ubezpieczenia do 500 000 zł w I części zamówienia i do 5 000 000 zł w II części zamówienia, uzasadniając swoje stanowisko tym, że umowy ubezpieczenia z reguły zawierane są na 1 rok, a Zamawiający przyjął w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, jak wynika z obliczeń Odwołującego 3 - letni okres ubezpieczenia, odpowiadający okresowi zawarcia umowy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Stanowiska stron w tym przedmiocie były odmienne - Odwołujący stwierdził, że z reguły umowy ubezpieczenia zawierane są na okres 1 roku, chociaż zdarzają się odstępstwa, Zamawiający oświadczył na rozprawie, że, np. ubezpieczyciel firma Uniqa potwierdził możliwość zawarcia umowy ubezpieczenia na okres trzech lat. Obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia na okres 3 lat nie został zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Ponadto, Odwołujący utożsamiając opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców na etapie weryfikacji podmiotowej z obowiązkiem ponoszenia odpowiedzialności z tytułu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, podnosił, że kwota ubezpieczenia jest wygórowana z tego powodu, że Zamawiający żąda obok ubezpieczenia również wniesienia, na etapie zawierania umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także ubezpieczenia majątku Zamawiającego.

Oceniając ten zarzut, Izba przychyliła się do stanowiska wynikającego z orzecznictwa, że „celem żądania posiadania ubezpieczenia OC na etapie składania ofert (wniosków) jest potwierdzenie, że wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia, tj. na opłacenie składek. W orzecznictwie wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia w przedmiocie, co do którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że to wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości (wyroki: z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2512/10; z

17

dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 753/11, KIO 758/11; z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; z dnia 21 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 814/10; z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1395/10; z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09). (...) Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem, po pierwsze - zdolność bycia ubezpieczonym, a po drugie - zdolność poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. (...) Ten sam dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia), potwierdza inną zdolność tego samego podmiotu, a mianowicie zdolność ekonomiczną i finansową, która jest elementem kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonuje się oceny zdolności uzyskania danego ubezpieczenia, lecz podlega ocenie zdolność „udźwignięcia” przez wykonawcę ciężaru zakupionego ubezpieczenia, tj. faktycznego poniesienia kwoty, za jaką wykonawca owe ubezpieczenie o odpowiedniej sumie ubezpieczenia zakupił.” (wyrok Izby z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt KIO 966/11, KIO 973/11).

Żądanie ubezpieczenia w określonej przez Zamawiającego wysokości nie zostało skutecznie podważone przez Odwołującego. Zatem, należało uznać, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu, iż przyszłe obciążenia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia, nie mogą kumulować się z żądaniem Zamawiającego na etapie oceny podmiotowej wykonawców. Odwołujący nie wykazał również, że Zamawiający wskazując sumę ubezpieczenia, naruszył przepis ustawy, przyjmując 3 letni okres ubezpieczenia, a nie okres 1 roku.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 i ust. 4 ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: