

Sygn. akt KIO 2795/11

WYROK

z dnia 10 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2011 r.

przez wykonawcę: **Jan Torbus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „J&J” Jan Torbus, 32-500 Chrzanów, ul. Oświęcimska 9**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Rejonowy w Zawierciu, 42-400 Zawiercie, ul. Leśna 4**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „J&J” Jan Torbus z Chrzanowa a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.

2. Kosztami postępowania obciąża Sąd Rejonowy w Zawierciu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „J&J” Jan Torbus z Chrzanowa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Sądu Rejonowego w Zawierciu na rzecz Przedsiębiorstwa

1

Sygn. akt KIO 2795/11

Usługowo-Handlowego „J&J” Jan Torbus z Chrzanowa kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2795/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Zawierciu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *kompleksowe usługi utrzymania czystości i porządku w budynku Sądu Rejonowego w Zawierciu przy ul. Leśnej 4 i ul. Paderewskiego 12 wraz z utrzymaniem czystości na przyległych terenach zewnętrznych* (oznaczenie sprawy ZP/7/11/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

23 listopada 2011 r. pod nr 392730-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie w *miejscu wyznaczonym dla ogłoszeń o zamówieniach publicznych* oraz na swojej stronie internetowej (www.zawiercie.sr.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 155.113,68 zł, co stanowi równowartość 40.404,71 euro.

27 grudnia 2011 r. (pismem z 23 grudnia 2011 r.) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Janowi Torbusowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą „J&J” Jan Torbus (dalej zwanego w skrócie „J&J”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DOMENA spółkę z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, a także o wykluczeniu z postępowania między innymi Odwołującego.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego: *W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawca na dzień składania ofert tj. 02-12-2011 jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Załączona do oferty polisa ubezpieczeniowa zawierała ubezpieczenie działalności posiadającej kod PKD 80.10 co oznacza, że ubezpieczenie dotyczy działalności ochroniarskiej. Zamawiający na podstawie art.26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z dnia 20-12-2011 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył wyjaśnienie PZU, w którym ubezpieczyciel informuje, że w dniu 20 grudnia 2011 r. Wykonawca posiada ubezpieczenie w zakresie PKD 81.10 (działalność związana z utrzymaniem porządku). Przedmiotowa*

3

Sygn. akt KIO 2795/11

informacja nie potwierdza posiadania na dzień 02-12-2011 r. ubezpieczenia OC działalności będącej przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1. Ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dlatego Zamawiający w myśl art. 24 ust.2 pkt. 4) był zobowiązany wykluczyć go z postępowania.

28 grudnia 2011 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a także naruszenie art. 7 ust. 1 pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania. Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2011 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym *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. Polisa dołączona do oferty ma PKD 80.10 i dotyczy działalności ochroniarskiej.* W odpowiedzi Odwołujący 20 grudnia 2011 r. złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że dołączona do oferty polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej z 3 października 2011 r. z PZU S.A., seria TPP nr 12078452, obejmuje wszystkie rodzaje działalności wymienione we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Odwołujący zwrócił uwagę, że wymieniony w polisie na stronie pierwszej kod PKD 80.10 jest wpisywany do druku polisy na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej oraz REGON, jako działalność wiodąca. Ponieważ Zamawiający nie żądał wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, Odwołujący załączył do pisma również informację od ubezpieczyciela PZU S.A., którą uzyskał 20 grudnia 2011 r., a która dookreślała zakres ubezpieczenia wynikający z polisy,

którą Odwołujący posiadał od 3 października 2011 r. Dla Odwołującego było oczywiste, że na dzień otwarcia ofert, tj. 2 grudnia 2011 r. posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Z uzasadnienia decyzji o

4

Sygn. akt KIO 2795/11

wykluczeniu jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie wziął w ogóle pod uwagę wyjaśnień Odwołującego, które jednoznacznie wskazywały, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W świetle przedstawionych wyjaśnień Odwołujący uważa, iż nie zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 4, a powoływanie się przez Zamawiającego na wyżej wymieniony przepis uważa za wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego w stosunku do Odwołującego.

Natomiast Zamawiający odmiennie potraktował firmę Zakład Usług Gospodarczych Jan Pytlík z Będzina. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną w Informatorze UZP z marca 2010 r.: *w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego uzupełnienia dokumentów Wykonawca może przedłożyć zarówno dokumenty wystawione przed dniem, w którym upływał termin składania ofert jak i po tym dniu, o ile wynika z nich, że nie później niż w dniu otwarcia ofert w stosunku do Wykonawcy zachodziły okoliczności wskazujące, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Zachowanie Zamawiającego wyczerpuje wszelkie znamiona art. 7 ust. 1 pzp. W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.*

29 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania wykonawcy, którego oferta została wybrana. 4 stycznia 2012 r. DOMENA spółka z o.o. wniosła w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z przekroczeniem 3-dniowego terminu wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie dopuściła wykonawcę DOMENA spółkę z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (odpis przekazano Odwołującemu) – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Odwołujący się został wykluczony z postępowania albowiem nie przedłożył polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na dzień otwarcia ofert. Zamawiający w rozdziale VII pkt 1 ppkt e) s.i.w.z. zobowiązał wykonawców do złożenia dokumentu polisy a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od

5

Sygn. akt KIO 2795/11

odpowiedzialności cywilnej, na kwotę minimum 100.000,00 złotych, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Żądanie Zamawiającego mieściło się w granicach prawem przewidzianych, tj. zostało dopuszczone § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz.1817). [dalej zwanemu w niniejszym uzasadnieniu *rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*] Powołany przepis dopuszcza bowiem aby wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w s.i.w.z., w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 pzp nastąpiło przez złożenie 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. Odwołujący złożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i

średniego przedsiębiorcy (gr. stat. ZO), serii TPP, Nr 12078452 z 3 października 2011 roku. Analiza tego dokumentu nie pozwoliła na przyjęcie, że polisa swoim zakresem obejmuje działalność związaną z przedmiotem zamówienia. Numer PKD podany w danych ubezpieczonego wskazywał na działalność związaną z ochroną osób i mienia, a nie z działalnością utrzymania porządku i czystości. 19 grudnia 2011 r. Odwołujący został wezwany na zasadzie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia 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. Odwołujący nie złożył polisy, a inny dokument, który Zamawiający mógł jedynie odczytać jako oświadczenie wiedzy kierownika zespołu sprzedaży PZU S.A. Oddział w Olkuszu Pani Agnieszki T. Z dokumentu tego miało wynikać, że Odwołujący posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wyspecyfikowane w tym piśmie, w tym również w zakresie objętym zamówieniem publicznym. Z pisma nie wynikało, że takie ubezpieczenie istniało 2 grudnia 2011 r., a że takie ubezpieczenie wynika z polisy, której odpis złożono do oferty. Oświadczenie zostało złożone na dzień 20 grudnia 2011 r. Odwołujący nie wykazał aby osoba, która podpisała pismo była uprawniona do składania takich oświadczeń w imieniu ubezpieczyciela.

Zgodnie z § 6 ust.1 *Ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy*, ustalonych uchwałą nr UZ/187/2009 z dnia 7 maja 2009 r. Zarządu Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka

6

Sygn. akt KIO 2795/11

Akcyjna, ze zmianami ustalonymi uchwałą nr UZ/421/2010 z dnia 26 listopada 2010 r. [dalej zwanymi również w skrócie „OWU”]: „Przedmiotem *ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna ubezpieczonego za szkody wyrządzone osobie trzeciej w związku z prowadzeniem przez ubezpieczonego działalności określonej w umowie ubezpieczenia lub posiadany mieniem, które jest wykorzystywane do takiej działalności lub innym mieniem określonym w umowie ubezpieczenia (...)*. Z tego zapisu jednoznacznie wynika, że działalność ubezpieczonego objęta ochroną musi zostać określona w umowie (wyspecyfikowana). Zamawiający uznał więc, że tylko działalność skonkretyzowana numerem PKD 80.10 odpowiada zakresowi ubezpieczenia. Wykonawca winien zadbać aby dokumenty, którymi się posługuje były sporządzone w sposób dokładny. Dla wykazania przedmiotu umowy odwołujący mógł załączyć formularz (wniosek) i pisma kierowane do ubezpieczyciela, które na mocy art. 815 kodeksu cywilnego i § 12 oraz § 14 OWU poprzedzały zawarcie umowy. Umowa zawierana jest bowiem po dokonaniu indywidualnej oceny ryzyka.

Argumentacja Odwołującego, że dołączona do oferty polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej zawarta w dniu 3 października 2011 r. z PZU S.A. obejmuje wszelkie rodzaje działalności wymienione we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie jest tak oczywista dla rozstrzygnięcia kwestii spornej w niniejszej sprawie. Odwołujący może przecież w każdym czasie zmienić przedmiot swojej działalności przez dokonanie zmian w ewidencji działalności gospodarczej, co musiałoby automatycznie skutkować również na przedmiot umowy ubezpieczenia, a takie twierdzenie nie jest uprawnione. Zamawiający bada polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zakres ubezpieczenia jest więc przedmiotem badania przez Zamawiającego. Wykonawca winien uczynić zadość wymaganiom Zamawiającego bo zamawiający nie może dokonywać wykładni oświadczeń woli ponad treść składanych dokumentów. Treść polisy analizowana przez ogólne warunki ubezpieczenia nie pozwoliła na przyjęcie, że Odwołujący się jest ubezpieczony w zakresie działalności objętej wpisem do ewidencji działalności gospodarczej, a pismo, które złożył odwołujący się w dniu 20 grudnia 2011 r. nie potwierdzało zakresu ubezpieczenia na dzień 2 grudnia 2011 roku. Dla Zamawiającego pismo z 20 grudnia 2011 roku było oświadczeniem wiedzy na dzień wystawienia pisma a nie na dzień otwarcia ofert.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

7

Sygn. akt KIO 2795/11

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z niższą ceną niż oferta wybrana przez Zamawiającego, a cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania przez Zamawiającego, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z., oferty Odwołującego z uwzględnieniem załączonej polisy, wezwania Zamawiającego z 19 grudnia 2011 r., wyjaśnień Odwołującego z 19 grudnia 2011 r. wraz z załączonym pismem ubezpieczyciela z 20 grudnia 2011 r., a także z protokołu postępowania. Izba wzięła także pod uwagę okazane na rozprawie przez Zamawiającego ogólne warunki ubezpieczenia właściwe dla polisy załączonej do oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

8

Sygn. akt KIO 2795/11

Izba ustaliła, iż przywołane powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie fragmenty s.i.w.z., pism i oświadczeń składanych w toku postępowania – odpowiadają ich rzeczywistemu brzmieniu. W zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia przytoczono lub opisano poniżej dodatkowo inne fragmenty stosownych dokumentów postępowania lub OWU.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawności wykluczenia Odwołującego z postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej – posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 100 tys. zł.

Z przepisu art. 26 ust. 2a pzp wynika, iż wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W prowadzonym przez siebie postępowaniu Zamawiający, zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp, wskazał w s.i.w.z, iż na

potwierdzenie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej zażądał od wykonawców załączenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż zażądany dokument odpowiada wprost rodzajowi dokumentu opisanemu w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Niesporne było również między Stronami, iż Odwołujący załączył do oferty właściwy rodzajowo dokument w postaci polisy TPP 12078452, która była opłacona i potwierdzała wymaganą sumę ubezpieczenia. Natomiast Zamawiający badając ten dokument arbitralnie przyjął, iż sam nr PKD 80.10, wskazany w polisie wśród danych identyfikujących *Ubezpieczonego* (obok nazwy, adresu, nr REGON i nr NIP) – wyznacza jako zakres działalności objętej ochroną ubezpieczeniową wyłącznie działalność ochroniarską. Przede wszystkim bezpośrednio poniżej znajduje się oświadczenie, iż *Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub*

9

Sygn. akt KIO 2795/11

posiadanych mieniem w zakresie podstawowym. Dodatkowo z treści polisy wynika, iż ten podstawowy zakres ochrony ubezpieczeniowej został rozszerzony o klauzulę dodatkową nr 10 (z OWU wynika, iż jest to rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody powstałe w mieniu przechowywanym, kontrolowanym lub chronionym przez ubezpieczonego). Zatem zakres ubezpieczenia wyznacza rodzaj ryzyk objętych ochroną, wynikających z podstawowego zakresu ochrony – wynikającego z OWU, z uwzględnieniem ryzyk dodatkowych objętych ochroną na mocy klauzul dodatkowych – opisanych w załączniku do OWU. Zamawiający co prawda dotarł do właściwych OWU, lecz wyciągnął z ich treści wnioski w sposób nieuprawniony rzutujące na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. W § 12 ust. 2 pkt 3 wskazującym, iż *wniosek powinien zawierać między innymi określenie zakresu, który ma być objęty ochroną ubezpieczeniową* – chodzi tylko o to, czy ma to być tylko zakres ubezpieczenia podstawowy, czy rozszerzony o klauzule dodatkowe. Natomiast o ile z § 6 OWU rzeczywiście wynika, iż przedmiotem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna ubezpieczonego w związku z prowadzeniem działalności określonej w umowie ubezpieczenia, o tyle błędem Zamawiającego jest utożsamianie umowy ubezpieczenia z polisą. Tymczasem ta ostatnia jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, do którego wystawienia zobowiązuje ubezpieczyciela przepis art. 809 § 1 kc, gdyż sama umowa ubezpieczenia dla swej ważności nie wymaga zachowania żadnej formy szczególnej. Umowa ubezpieczenia zawierana jest bowiem zwykle w trybie ofertowym, przy czym składającym ofertę jest ubezpieczający, składający wniosek o ubezpieczenie do ubezpieczyciela jako oblata, który akceptując wniosek potwierdza fakt zawarcia umowy wydaniem dokumentu ubezpieczenia, np. polisy. Treść tych dokumentów nie jest jednak uregulowana przepisami prawa i może być różna w zależności od praktyki stosowanej przez poszczególnych ubezpieczycieli. Z postanowień § 12 OWU wynika, iż również w tym przypadku podstawą zawarcia umowy ubezpieczenia był wniosek ubezpieczającego zawierający informacje niezbędne do dokonania indywidualnej oceny ryzyka i określenie należnej składki.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z jednej strony prawidłowo wskazuje zakres zażądać dokumentów wynikający z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a jednocześnie bezpodstawnie twierdzi, iż Odwołujący winien z własnej inicjatywy przedstawić oprócz załączonej do oferty polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia, dodatkowe dokumenty poprzedzające jej zawarcie. Ani postanowienia s.i.w.z, ani przepisy art. 26 ust. 2a pzp i § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie uprawniają Zamawiającego do żądania od Odwołującego

10

Sygn. akt KIO 2795/11

przedstawienia wniosku o ubezpieczenie lub innych pism kierowanych do ubezpieczyciela, które stały się podstawą do zawarcia z PZU S.A. umowy ubezpieczenia. W szczególności

zawarte w treści polisy przypomnienie, iż *na podstawie art. 815 kodeksu cywilnego podanie informacji wymaganych do zawarcia umowy ubezpieczenia jest obowiązkowe* nie stanowi dla Zamawiającego podstawy prawnej do weryfikowania prawidłowości przebiegu procesu zawarcia umowy ubezpieczenia. Zupełnie niezrozumiałe jest odwoływanie się do § 14 OWU, jakby Zamawiający zamierzał sprawdzać czy Odwołujący był w stanie *podać do wiadomości PZU SA wszystkie znane sobie okoliczności, o które PZU SA zapytywał w formularzu oferty (wniosku), albo przed zawarciem umowy winnych pismach*. Jeżeli dla Zamawiającego nie było oczywiste, iż dołączona do oferty Odwołującego polisa obejmuje wszelkie rodzaje działalności wymienione we wpisie ewidencji działalności gospodarczej, to miał prawo i obowiązek wyjaśnić swoje wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 pzp. W przypadku bowiem zaistnienia wątpliwości, które mogą rodzić niekorzystne skutki dla wykonawcy, zamawiający ma obowiązek je w pełni uzewnętrznić i umożliwić ich wyjaśnienie. Zamiast tego, Zamawiający z góry rozstrzygnął swoje wątpliwości na niekorzyść Odwołującego, którego od razu wezwał do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, tak jakby dokument polisy był wadliwy. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie ujawnił, iż mógłby uznać złożony dokument polisy za odpowiedni, pod warunkiem *wykazania przedmiotu umowy* przez załączenie do niej wniosku i pism Odwołującego kierowanych do ubezpieczyciela. Ponieważ żądanie takie nie znajduje oparcia w postanowieniach s.i.w.z., Odwołujący mógłby mu ewentualnie uczynić zadość, gdyby otrzymał od Zamawiającego odpowiednio sformułowane wezwanie do wyjaśnień. Odwołujący mimo tego, nie tylko złożył wyjaśnienia wychodzące naprzeciw wątpliwościom Zamawiającego (*Dołączona do oferty polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawarta w dniu 03.10.2011 r. z PZU S.A. seria TPP nr 12078452 obejmuje wszystkie rodzaje działalności gospodarczej. Wymienione w polisie na stronie pierwszej PKD 80.10 jest wpisywane do druku polisy na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej oraz REGON jako działalność wiodąca, chociaż nie jedyna*), lecz dodatkowo poparł je pismem od ubezpieczyciela. Zamawiający, najwyraźniej działając poprzez przyzmat swojego błędnego co do podstawy prawnej wezwania, wyjaśnień tych w ogóle nie uwzględnił, a pismo ubezpieczyciela z 20 grudnia 2011 r. bezpodstawnie uznał za inny dokument potwierdzający, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tyle że dopiero na datę jego sporządzenia. Tymczasem na wstępie tego pisma zaznaczono, iż *dotyczy: Polisy TPP 12078452 z dnia 03.10.2011 r.*, a zatem całą dalszą

11

Sygn. akt KIO 2795/11

treść pisma należy uznać za wyjaśnienie ubezpieczyciela dotyczące numerów klasyfikacji PKD, na podstawie których udzielił ochrony ubezpieczeniowej 3 października 2011 r. Wymienione klasyfikacje PKD nie tylko obejmują, wymienioną jako pierwszą PKD 80.10 Z – działalność ochroniarską, jak również PKD 81.10 Z – działalność pomocniczą związaną z utrzymaniem porządku w budynkach, lecz wskazują dokładnie takie same 11 klasyfikacji PKD, które wymienione zostały w załączonym do oferty zaświadczeniu z ewidencji działalności gospodarczej z 13 czerwca 2011 r. Zamawiający miał zatem możliwość sprawdzenia, iż ujawnione przez ubezpieczyciela klasyfikacje PKD, na podstawie których ubezpieczył Odwołującego, odpowiadają treści zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, które zostało wystawione przed datą zawarcia umowy ubezpieczenia. Z uwagi na otrzymanie wyjaśnień ubezpieczyciela wprost wskazujących na objęcie ochroną ubezpieczeniową całej działalności gospodarczej prowadzonej przez Odwołującego, co potwierdziło błędne założenie przyjęte przy badaniu dokumentu polisy – w ogóle nie zaistniało po stronie Zamawiającego niebezpieczeństwo dokonywania wykładni ponad treść otrzymanych dokumentów. Natomiast wobec jednoznaczności tych wyjaśnień pochodzących od *autora* polisy i warunków ubezpieczenia, strony umowy ubezpieczenia, która wystawiła polisę potwierdzającą fakt jej zawarcia, niezrozumiałe jest obstawanie przez Zamawiającego przy własnej interpretacji tych dokumentów i tylko na tej podstawie wyciąganie negatywnych konsekwencji w stosunku do Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie bezskutecznie i bezpodstawnie zarzucił dodatkowo Odwołującemu, iż nie wykazał aby osoba, która podpisała pismo była uprawniona do *składania takich oświadczeń w imieniu ubezpieczyciela*. Z treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego wynika, iż w rzeczywistości na etapie

badania i oceny tego dokumentu Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, czy Agnieszka T, uwidoczniiona na nim w podpisie jako Kierownik Zespołu Sprzedaży Oddziału PZU w Olkuszu, jest uprawniona do złożenia takiego oświadczenia. Pismo zostało uznane przez Zamawiającego za *wyjaśnienie PZU*, informacja ubezpieczyciela, a zastrzeżenie wzbudziła jedynie data sporządzenia przypadająca po terminie składania ofert. Wobec braku zastrzeżeń co do autentyczności tego pisma złożonego na papierze firmowym PZU, zawierającym dokładną firmę, Nr KRS, wysokość kapitału zakładowego – domaganie się wykazania umocowania do jego podpisania nie znajduje uzasadnienia, ani w praktyce obrotu ubezpieczeniowego, ani w przepisach pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Natomiast Zamawiający powinien był potraktować poważnie oświadczenie Kierownika Zespołu Sprzedaży Oddziału PZU w Olkuszu, skoro to w ramach działalności

12

Sygn. akt KIO 2795/11

tego właśnie oddziału została zawarta umowa ubezpieczenia potwierdzona polisą załączoną do oferty Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie trafnie bowiem wskazał, iż jest to oświadczenie wiedzy, a zatem wypowiedź o stanie istniejącym, a nie oświadczenie woli kształtujące lub zmieniające uprzednio istniejący stosunek ubezpieczenia. Bez znaczenia jest zatem, iż to oświadczenie wiedzy datowane jest na 20 grudnia 2011 r., skoro dotyczy czynności prawnej zdziałanej 3 października 2011 r.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł natomiast trafności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp. W toku rozprawy Odwołujący sam przyznał, iż w przypadku wykonawcy Zakład Usług Gospodarczych Jan Pytlik nie chodziło o kwestię wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej. Jednocześnie Odwołujący nie był w stanie skonkretyzować swojego twierdzenia, iż Zamawiający nie wykluczył niektórych wykonawców za analogiczne uchybienia w polisach załączonych do ofert. W tych okolicznościach nie może być uznane za wystarczające samo stwierdzenie, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych, niż wykluczenie Odwołującego z postępowania, czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

13