

**WYROK**  
z dnia 17 stycznia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44 – 330 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 4**

przy udziale wykonawcy **UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., 90 – 520 Łódź, ul. Gdańska 132** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A.,**

**Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B, tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 15B** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój, Al. Jana Pawła II 4** 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Ubezpieczenie mienia w podziemnej części zakładów górniczych JSW S.A. od ryzyk górniczych w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

W dniu 28 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi [dalej także „UNIQA”].

Wobec takiej czynności zamawiającego w dniu 5 stycznia 2012 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (lider konsorcjum), Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., z siedzibą dla lidera w Warszawie [dalej także „konsorcjum Generali”] zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także „Pzp”]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy UNIQA pomimo, iż nie wykazał on, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z przedmiotowego postępowania;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z dokonaniem oceny oferty UNIQA w sposób niekompletny i nieobiektywny, co narusza zasady uczciwej konkurencji;
- 5) z ostrożności art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż UNIQA wykazała, iż spełnia warunki posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku bądź wyjaśnienia treści złożonych wraz z ofertą dokumentów.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy UNIQA, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zgodnie z pkt IX.B.2 SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się posiadaniem odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w postaci: „wykonania (wykonywania) usług odpowiadających podobnym przedmiotem, rodzajem ryzyka (ubezpieczenie od ognia i innych żywiołów) i wielkością ryzyka – suma ubezpieczenia mienia co najmniej 500.000.000,00 zł – usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane. Odwołujący wskazywał, że wykonawca UNIQA wymienił w wykazie dwie usługi tj.: ubezpieczenie mienia Kopalni Węgla Brunatnego Adamów od wszystkich ryzyk oraz ubezpieczenie mienia Kopalni Węgla Brunatnego Konin od wszystkich ryzyk. W ocenie odwołującego z treści złożonych dokumentów nie wynika, że wykonawca UNIQA posiada doświadczenie z zakresie wymaganym przez zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż przedstawione przez UNIQA w wykazie usługi nie dopowiadają przedmiotowi zamówienia ani w zakresie przedmiotu ubezpieczenia ani w zakresie rodzajów ryzyka. Odwołujący podnosił, że usługi ubezpieczenia mienia kopalni węgla brunatnego, nawet w zakresie wszystkich ryzyk, nie odpowiadają (nie są podobne) do usługi ubezpieczenia mienia w części podziemnej zakładów górniczych. W ocenie odwołującego, mając na względzie treść wykazu oraz referencji złożonych przez UNIQA, wykonawca ten wykonywał (wykonuje) usługi ubezpieczenia mienia kopalni węgla brunatnego w zakresie wszystkich ryzyk, nie zostało jednak wskazane, czy ubezpieczenie to obejmowało mienie podziemne kopalni, a tym bardziej nie wskazano, iż chodzi o mienie związane z górnictwem podziemnym. Odwołujący podnosił, iż ubezpieczenie wskazane przez UNIQA de facto nie mogło obejmować mienia podziemnego kopalni, z uwagi na fakt, iż węgiel brunatny wydobywany jest metodą odkrywkową, a zatem kopalnie węgla brunatnego nie posiadają części podziemnej kopalni, a tym samym mienia podziemnego. Zdaniem odwołującego ubezpieczenie części podziemnej kopalni jest to bardzo specyficzny rodzaj ubezpieczenia, w którego zakres wchodzi ryzyka występujące pod ziemią, takie jak ryzyko pożaru podziemnego, wybuchu, tąpnięcia, wyrzutu gazów i skał oraz wylewu wód podziemnych, które to ryzyka nie mogą mieć miejsca w

kopalni odkrywkowej. Okoliczność, iż ubezpieczenie mienia podziemnego kopalni jest całkowicie odmiennym przedmiotem, cechującym się zupełnie odmiennymi ryzykami i specyfiką od ubezpieczenia mienia kopalni węgla brunatnego, znajduje potwierdzenie w powszechnej praktyce towarzystw ubezpieczeniowych polegającej na wyłączeniu mienia podziemnego ze swoich ogólnych warunków ubezpieczenia. Dlatego ubezpieczenie mienia podziemnego wiąże się z koniecznością pozyskania specjalnej (tzw. fakultatywnej) reasekuracji na to ryzyko.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „ubezpieczenie mienia w podziemnej części zakładów górniczych JSW S.A. od ryzyk górniczych w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2011 r., pod numerem 2011/S 212-346672.

Zgodnie z pkt IX SIWZ celem wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający określił, iż „(...) wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania (wykonywania) usług odpowiadających podobnym przedmiotem, rodzajem ryzyka (ubezpieczenie od ognia i innych żywiołów) i wielkości ryzyka – suma ubezpieczenia mienia co najmniej 500.000.000,00 zł – usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie” (pkt IX.B.2 SIWZ). Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający zgodnie z pkt X.3. SIWZ wymagał złożenia wykazu wykonanych zamówień potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w pkt IX.B.2. SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Izba ustaliła, iż do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi na kwotę 80.973.349,44 zł;
- 2) Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (lider konsorcjum), Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., z siedzibą dla lidera w Warszawie na kwotę 117.742.718,32 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca UNIQA na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IX.B.2 SIWZ w wykazie usług wskazała:

- 1) ubezpieczenie mienia kopalni węgla brunatnego Adamów od wszystkich ryzyk – suma ubezpieczonego mienia – 566.534.368,00 zł;
- 2) ubezpieczenie mienia kopalni węgla brunatnego Konin od wszystkich ryzyk – suma ubezpieczonego mienia – 1.378.685.258,60 zł.

Pismem z dnia 28 grudnia 2011 r. a przekazany wykonawcom w dniu 29 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 9 stycznia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca UNIQA z siedzibą w Łodzi, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych ofert i w konsekwencji wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy UNIQA S.A. z siedzibą w Łodzi. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na konieczność

rozdzielenia opisu przedmiotu zamówienia, jego wymogów, od warunków udziału w postępowaniu w szczególności określonego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Nie ulega wątpliwości, iż zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający wymagał posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania usług odpowiadających - podobnym przedmiotem, rodzajem ryzyka i wielkością ryzyka – usługom stanowiącym przedmiot zamówienia jednakże szczegółowo dookreślił swoje wymogi jedynie, co do rodzaju ryzyka (ubezpieczenie od ognia i innych żywiołów) oraz wielkości ryzyka (suma ubezpieczenia mienia, co najmniej 500.000.000,00 zł). Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że z literalnego brzmienia warunku określonego w pkt IX.B.2. SIWZ wynika, iż zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w ubezpieczeniu mienia podziemnego. Taka wykładnia w ocenie Izby prowadziłaby de facto do zawężenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie a ponadto zdaniem Izby prowadziłaby wprost do postawienia warunku wykazania się doświadczeniem w usługach tożsamych z przedmiotem zamówienia, co naruszałoby dyspozycję art. 22 ust. 4 Pzp. Należy wskazać, iż skoro zamawiający nie doprecyzował wspomnianego wyżej warunku udziału w postępowaniu wyłącznie do doświadczenia w ubezpieczeniu mienia pod ziemią to za wystarczające należało uznać wykazanie się doświadczeniem w ubezpieczeniu mienia nawet przy przyjęciu, iż ma to być mienie zakładu górniczego z uwagi na specyfikę takiego przedsiębiorstwa. Izba widzi różnicę pomiędzy ewentualnymi zagrożeniami, rodzajami szkód czy wreszcie np. sposobem likwidacji szkód występujących w mieniu pod ziemią od tych występujących w mieniu naziemnym jednakże przytaczane przez odwołującego argumenty opisują, odnoszą się do przedmiotu zamówienia a nie warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego. Za niedopuszczalne należy uznać w przedmiotowej sprawie utożsamianie przez odwołującego aspektów wykonania przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego. Skoro zamawiający nie wymagał w postawionym warunku wprost doświadczenia w ubezpieczeniu mienia podziemnego w zakładach górniczych to wniosku takiego nie można dodatkowo wyprowadzać z opisu przedmiotu zamówienia gdyż jak to już zaznaczono na wstępie rozdzielenia wymaga opis przedmiotu zamówienia od opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba podnosi, iż wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu usługi mają być nie tyle tożsame, czy też identyczne z przedmiotem zamówienia, do czego prowadziłoby uznanie argumentacji odwołującego, ale być z nim związane oraz proporcjonalne do niego, tj. umożliwiające i zarazem zapewniające osiągnięcie celu, jakim jest należyte wykonanie zamówienia. To na zamawiającym spoczywa

określenie poziomu, od którego zostanie zabezpieczona możliwość należytego wykonania zamówienia, czyli adekwatności względem przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie poziomu takiego zamawiający nie określił poprzez konieczność wykazania się doświadczeniem w ubezpieczeniu mienia podziemnego co próbował wywieść odwołujący.

Mając na względzie powyższe, działanie zamawiającego należało uznać za prawidłowe a postawione przez odwołującego zarzuty za nietrafne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....