

**Sygn. akt: KIO 2633/15**

**Sygn. akt: KIO 2635/15**

**Wyrok**

**z dnia 17 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2015 r. przez:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Inżynieria Rzeszów S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów**
- B. wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego

**Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Mienia m. st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Porr (Polska) S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Porr Bau GmbH, (3) Teerag-Asdag AG, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2633/15 oraz KIO 2635/15 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Skanska S. A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2633/15 oraz KIO 2635/15 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z postępowania i nakazuje ponowienie czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosków złożonych przez odwołujących.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Mienia m. st. Warszawy** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: konsorcjum **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik wykonawców) i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** oraz **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Mienia m. st. Warszawy** kwotę **43 600 zł** (słownie: czterdzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych sześćset złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik wykonawców) i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie**.

Przewodniczący: .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Mienia Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Roboty budowlano - montażowe dla zadania inwestycyjnego pn. ZAGOSPODAROWANIE LEWOBRZEŻNEGO BULWARU WISŁY etap 1 odcinek 1.2” numer sprawy 16/PO/2015. Dokumentacja zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <http://zmw.waw.pl/przetargi.html>

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik wykonawców) i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na bezprawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;
- 2) zaniechaniu czynności zaproszenia Odwołującego do składania ofert, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 51 ust.1 ustawy;

Wskazując na powyższe wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także czynności zaproszenia innych wykonawców do złożenia ofert;
2. Powtórzenia czynności oceny spełniania warunków z uwzględnieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego.

W dniu 23 listopada 2015 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w treści którego zawarł informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący przedstawia swoje stanowisko w sprawie.

Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazując dwie przyczyny:

- 1) Nie wykazanie spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej pozwalającej na realizację zamówienia, opisanego w punkcie III.2.2) 1.1 to jest nie dostarczenie polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, w której kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia nie może być niższa niż 10 mln. PLN;

2) Nie wykazanie spełniania warunku znajdowania się w sytuacji finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, opisanego w punkcie III.2.2) 1.2 to jest nie dostarczenie informacji z banku potwierdzającej dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w kwocie łącznej co najmniej 15 000 000,00 PLN.

Ad.1) Uzasadniając wykluczenie Zamawiający wskazał na zapisy polisy OC w których określono kwoty podlimitów:

- klauzula 5 - odpowiedzialność za koszty poniesione na demontaż wadliwych produktów oraz montaż produktów bez wad - 3 mln PLN
- klauzula 13.2 – szkody wynikające z używania młotów pneumatycznych, hydraulicznych, kafarów lub innych maszyn lub urządzeń o podobnym działaniu (...)-100 tys. PLN

Dokonana przez Zamawiającego ocena dokumentu została oparta o nieprawidłowe rozumienie kryterium oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz niewłaściwe rozumienie treści dostarczonej polisy OC.

Warunek udziału w postępowaniu mówi o obowiązku posiadania polisy OC w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia w której kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia nie może być niższa niż 10 mln PLN. Kwota limitu, o której mowa w treści warunku udziału jest to maksymalna wysokość odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia. Co istotne, literalna treść warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie nawiązuje do określonej cechy polisy - wskazania tego górnego limitu odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Dostarczona w odpowiedzi na wezwanie polisa OC, na stronie 2 zawiera następujący zapis: SUMA GWARANCYJNA 30 000 000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia.

Oznacza to, że kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia jest wyższa niż żądane przez Zamawiającego 10 mln PLN.

Zamawiający nie stawiał żadnych warunków odnoszących się do rozszerzeń polisy ani francyz redukcyjnych, z którymi w treści polisy można zwyczajowo mieć do czynienia. Zatem ocena spełniania warunku prowadząca w konkluzji do wykluczenia Odwołującego z postępowania, została oparta o fałszywe przesłanki. Odwołujący wykazał bowiem prawidłowo spełnianie warunku posiadania ubezpieczenia OC do określonej kwoty.

Za wyrokiem KIO 2851/12 Odwołujący podnosi, że weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów powinna następować w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty "wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn.

akt V Ca 984/08). Na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publicznie ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SIWZ. Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie przedstawił dokumentu potwierdzającego posiadanie opłaconej polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu kwotę. Polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu wyłącznie na potwierdzenie spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy).

W świetle przepisów ustawy, a także postanowień ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia.

Zdolność do poniesienia kosztów ubezpieczenia, na co wskazuje zamieszczona na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) opinia Urzędu jest jednym z elementów decydujących o spełnieniu warunku odnoszącego się do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Jak wynika z opinii celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

- 1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);
- 2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żądaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

Zamawiający w zakresie zdolności ekonomicznej - finansowej określił warunek w Rozdziale III.2.2) 2.1 Ogłoszenia o zamówieniu, żądając by wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył m.in. opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł (dziesięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia.

Z przedłożonego dokumentu (np. polisy, dowodu opłacenia składki) musiało jednoznacznie wynikać, że składka została opłacona. W związku z powyższym uznać należy, iż

Zamawiający określając warunki sytuacji ekonomiczno- finansowej wykonawcy odniósł się w zakresie warunku jedynie do obowiązku przedstawienia polisy lub innego dokumentu na określoną kwotę bez limitu odnośnie jednego lub wszystkich zdarzeń. Były to jedyne szczegółowe wymagania Zamawiającego w odniesieniu do polisy. Wymagania te, w postaci dookreślenia wytycznych odnoszących się wprost do ogólnej kwoty ubezpieczenia bez limitów na poszczególne zdarzenia, mogły mieć na celu zapobieganie przedstawiania dokumentów gwarantujących tylko pozorną ochronę. Tym samym postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do polisy od odpowiedzialności cywilnej są wiążące na etapie oceny wniosków wobec wszystkich uczestników postępowania oraz Zamawiającego. Odwołujący przedstawił dokument, który potwierdza spełnianie przez warunku udziału w postępowaniu. Złożona wraz z wnioskiem polisa, dotyczy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej przedmiotem zamówienia, przewidziano w niej sumę gwarancyjną w wysokości 30 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Zamawiający nie był uprawniony do oceny innych regulacji wynikających z przedłożonej polisy, ponieważ jakichkolwiek warunków w tym przedmiocie nie określił.

Jeżeli Zamawiający uważał, że ze względu na szczególny przedmiot zamówienia konieczne jest określenie szczegółowych warunków dotyczących czy to zakazu ujęcia w polisie jakichś wyłączeń odpowiedzialności ubezpieczyciela, to takie wymagania określić powinien był Zamawiający na etapie sporządzania ogłoszenia o zamówieniu.

W chwili obecnej ocena wniosków dokonywana być może jedynie w oparciu o istniejące zapisy wymienionych dokumentów, a zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, wszelkie niejasności tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy.

Polisa OC, którą składa wykonawca w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie które prowadzone jest postępowanie. Nie jest to ubezpieczenie danego przedsięwzięcia gospodarczego, będącego przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Oznacza to, że szczegóły polisy wykraczające poza kwotę odpowiedzialności, nie mogą być przedmiotem oceny na etapie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zatem poprzez wykazanie się posiadaniem opłaconej polisy w określonej kwocie odpowiedzialności zgodnej z warunkiem udziału (lub większej) , Odwołującą prawidłowo potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ad. 2) W uzasadnieniu drugiej przesłanki faktycznej wykluczenia, Zamawiający wskazał, że z treści złożonej w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, informacji z mBank S.A. wystawionej dla Inżynieria Rzeszów S.A. nie wynika że podmiot ten posiada zdolność

kredytową na określonym poziomie. Bank uzależnił bowiem przyznanie kredytu od badania zdolności finansowej klienta na warunkach przewidzianych w Instrukcji Kredytowej mBanku. Podobnie jak w poprzednim przypadku, Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni zarówno w odniesieniu do treści postawionego przez siebie warunku udziału znajdowania się w sytuacji finansowej, jak również w odniesieniu do treści złożonego przez Odwołującego dokumentu.

Opisany w punkcie III.2.2) 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, warunek znajdowania się w sytuacji finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, obejmował obowiązek wykazania się środkami na rachunku lub zdolnością kredytową w kwocie łącznej co najmniej 15 000 000,00 PLN. Na potwierdzenie powyższego należało złożyć adekwatną informację z banku potwierdzającą dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w żądanej kwocie.

Z treści złożonej informacji z banku wynika wprost, że Odwołujący posiada zdolność kredytową do kwoty 25 000 000 PLN. Treść taką można wywieść z oświadczenia Banku: Inżynieria Rzeszów posiada możliwość uzyskania kredytu bankowego na realizację robót budowlanych do kwoty 25 000 000 PLN.

Pojęcie zdolności kredytowej wyjaśnia art. 70 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Jest nią „zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie”. Zdolność kredytowa podmiotu gospodarczego stanowi jeden z warunków uzyskania kredytu bankowego. Wskazuje bowiem na gotowość (umiejętność) terminowego i kompletnego wypełniania zobowiązań oraz warunków umowy kredytowej. Potwierdzenie jej posiadania nie jest jednak tożsame ze zobowiązaniem banku do udzielenia kredytu, lecz stanowi dla niego informację, że może on zaangażować się (oraz do jakiej kwoty) w finansowanie podmiotu. Brak zdolności kredytowej oznacza natomiast wysokie prawdopodobieństwo poniesienia straty i uniemożliwia bankowi udzielenie kredytu. Oświadczenie zawarte w informacji z Banku potwierdza wprost, że na dzień jego złożenia Inżynieria Rzeszów SA może kredyt uzyskać, wskazuje cel na jaki kredytowanie może być udzielone a także kwotę postawioną do dyspozycji Inżynieria Rzeszów SA. Stwierdzenie: do kwoty 25 000 000 PLN oznacza że według stanu wiedzy Banku na dzień wystawienia Opinii, większa kwota jest wykluczona. Oznacza także, że to od decyzji Inżynieria Rzeszów SA zleżałaby ewentualna wysokość wnioskowanej kwoty. Faktycznie wnioskowana kwota kredytu może być bowiem mniejsza. Co istotne, polskie prawo nie pozwala na żądanie w celu wykazania się zdolnością finansową - konkretnych decyzji kredytowych banku ani nawet promes kredytowych. Rozróżnia się bowiem dwa akceptowane stany finansowe wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- posiadają środki na rachunku,
- posiadają zdolność kredytową.

Posiadanie środków na rachunku może pochodzić od obrotów oraz wpłat na rachunek w tym od wpłat banku udzielającego konkretnego, już zakontraktowanego kredytu. Dlatego nie powinno być możliwe sumowanie informacji o zdolności kredytowej z informacjami o środkach na rachunku i posiadanych, już uruchomionych kredytach (w celu wykazania spełniania warunków udziału). Istnieje bowiem pomiędzy tymi wielkościami ścisła współzależność. Każde posiadane środki na rachunku a także każdy uruchomiony w tym samym czasie kredyt, wpływają na możliwą do ustalenia wysokość zdolności kredytowej. Szczególnie już udzielone kredyty stają się swego rodzaju podstawą ustalenia tej zdolności. Oznacza to, że zdolność kredytowa w żadnym momencie nie może zostać oceniona niżej, niż to wynika z już uruchomionych dla danego podmiotu, instrumentów kredytowych. Zatem najsilniejszym dowodem posiadania zdolności finansowej wydaje się być posiadanie środków na rachunku. Środki te jednak, w każdym momencie mogą z rachunku wypłynąć. Zatem oświadczenie o posiadanych środkach ma charakter informacji abstrakcyjnej w chwili jej wykorzystywania w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Informacja o posiadaniu zdolności kredytowej jako trwalsza, wydaje się być bardziej przejrzystym wykładnikiem faktycznej zdolności finansowej wykonawcy opartym na fundamentach długookresowych w stosunku do chwilowego stanu rachunku. Jednak, jak już Odwołujący podniósł wyżej, składnikiem zdolności kredytowej zawsze będzie wcześniej już uruchomiony i (często) wykorzystany kredyt. Dlatego informacja o zdolności do zaciągnięcia nowego kredytu (możliwości jego uzyskania) stanowi pewien kompromis pomiędzy abstrakcyjną zdolnością kredytową (niedyspozycyjną w całości dla konkretnego zadania lub rodzaju czynności gospodarczych) a promesą uzyskania kredytu, którą w istocie rzeczy byłoby potwierdzenie zdolności zaciągnięcia kredytu z uwzględnieniem wszystkich procedur danego banku.

Idąc po myśli Zamawiającego, wykonawca ubiegający się o zamówienie musiałby każdorazowo przedstawiać informacje stanowiące z punktu widzenia banku - promesę kredytowania. Taka promesa nie jest informacją mieszczącą się w katalogu dokumentów możliwych do żądania z mocy Rozporządzenia.

Zdanie, na którym Zamawiający oparł uzasadnienie wykluczenia: Ewentualne udzielenie finansowania będzie możliwe po uprzedniej ocenie kondycji finansowej Klienta, na warunkach przewidzianych w Instrukcji Kredytowej mBanku SA, po spełnieniu wymogów związanych z jego udzieleniem i zabezpieczeniem, mówi właśnie o tym, że przed podpisaniem konkretnej umowy kredytu, bank będzie zmuszony dokonać oceny zdolności finansowej Inżynieria Rzeszów S.A. Zdanie to jednak nie odnosi się do posiadania zdolności kredytowej w chwili wydawania Opinii lecz do warunków zaciągnięcia konkretnego zobowiązania kredytowego. Okoliczność ta nie była kryterium oceny spełniania warunku.



Składając oświadczenie o treści: Inżynieria Rzeszów posiada możliwość uzyskania kredytu bankowego na realizację robót budowlanych do kwoty 25 000 000 PLN, Bank kierował się własną procedurą badania zdolności kredytowej, opartą o dostępne dla banku aktualne informacje o Kliencie (Inżynieria Rzeszów SA.). Nie oznacza to jednakże, że w celu udzielenia konkretnego finansowania, Bank nie potrzebowałby informacji aktualnych na dzień podejmowania konkretnego zobowiązania kredytowego. Sytuacja finansowa podmiotów gospodarczych podobnie jak sytuacja osób fizycznych, może ulegać zmianie. Stąd oświadczenie o konieczności zastosowania procedur bankowych do zawarcia konkretnej umowy kredytu.

Odwołujący podkreśla raz jeszcze, że promesa kredytowa nie jest dokumentem dopuszczonym do żądania przez Zamawiających w przetargach publicznych w Polsce. Oświadczenie o udzieleniu konkretnego kredytu, którego wydaje się żądać Zamawiający, stanowiłoby właśnie taką promesę.

Zatem uznać należy, że składając informację z mBank S-A, Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający dokonał błędnej oceny dokumentów złożonych wraz z wnioskiem co wywołało skutek w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania. Czynność Zamawiającego podjęta z naruszeniem prawa nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że dokonując czynności wykluczenia Odwołującego. Zamawiający naruszył przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazując przy tym prawidłowo spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W obecnym stanie sprawy Odwołujący może ponieść szkodę, wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum Porr Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik wykonawców), Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu i Teerag-Asdeg AG z siedzibą w Wiedniu – wnieśli o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2635/15

Odwołujący - IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 24. ust. 3 Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu
- art. 51 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty

oraz art. 7 ust. a Ustawy i innych przepisów ustawy pzp, wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji z dnia 23 listopada 2015 r. o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny wniosków
- zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. W przypadku uznania, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, Odwołujący uzyskałby 2 punkty, co spowodowałoby, iż zajmowałby 5 pozycję w rankingu wniosków, co prawda łącznie z wykonawcą: konsorcjum: PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Terrag Asdag z siedzibą w Wiedniu, jednakże z uwagi na fakt, iż Zamawiający w takiej sytuacji przewidział, że do składania ofert zostanie zaproszony wykonawca, który zrealizował roboty odpowiadające wymaganiom Zamawiającemu, o największej wartości brutto, to właśnie Odwołujący zostałby zaproszony do złożenia oferty i miałby możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z punktem III.2.2. pkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, przy czym kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia nie może być niższa, niż 10 mln złotych.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący, wraz z wnioskiem, przedłożył polisę nr 901006835721, wystawioną przez Ubezpieczyciela: Konsorcjum w składzie: Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Generali TU S.A. z siedzibą w Warszawie. W punkcie 6 polisy został wskazany rodzaj ubezpieczenia/działalność zgłoszona do ubezpieczenia, tj. a) roboty ogólnobudowlane i specjalistyczne, instalacyjne i pozostałe prace związane z budową i/lub montażem i rozbudową, przebudową, remontami obiektów budowlanych, montażowych, w tym z zakresu inżynierii lądowej (w tym mikrotuneling) i wodnej - w zakresie wskazanym w niniejszym

dokumencie; b) działalność developerska, c) pozostała działalność określona w KRS wg dostarczonego wypisu z dnia 09.07.2014.

W punkcie 10 została określona suma gwarancyjna w wysokości 50.000.000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

W dniu 12.10.2015r. Zamawiający, pismem o sygnaturze ZMW/ZP/10224/15, wezwał Odwołującego - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - do uzupełnienia polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W uzasadnieniu wskazał, iż w złożonej przez Odwołującego polisie wyszczególnione są sublimity wskazujące niższą kwotę limitu odpowiedzialności dla zdarzeń związanych z przedmiotem zamówienia (klauzula 006 włączenie szkód wynikłych bezpośrednio lub pośrednio z emisji, wycieku lub innej formy przedostania się do powietrza, wody, gruntu jakichkolwiek substancji niebezpiecznych, klauzula rozszerzająca zakres ubezpieczenia o szkody spowodowana wibracją, osunięciem lub osiadaniem gruntu, sublimit dla szkód powstałych bezpośrednio w czasie wykonywania prac budowlano-montażowych na skutek zalania przez wody stojące lub płynące, sublimit na szkody w mieniu oraz szkody na osobie powstałe na skutek wykonywania projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowania nadzoru inwestorskiego).

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący, pismem z dnia 25.10.2015. złożył wyjaśnienia:

[Wyjaśniamy, iż zgodnie z punktem III.2.2 ppkt 1.1 Ogłoszenia, Wykonawca winien posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, przy czym kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia w zakresie ubezpieczenia nie może być niższa niż 10 mln złotych.

Na potwierdzenie spełnienia przez IDS-BUD S.A. w/w, przedłożyliśmy we Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej Nr 901006835721. Przedmiotowa polisa OC IDS-BUD S.A. z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, obejmuje działalność związaną z wykonywaniem robót budowlano - montażowych i opieka na sumę gwarancyjną 50 mln PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia są „roboty budowlano-montażowe” dla zadania inwestycyjnego: „Zagospodarowanie lewobrzeżnego bulwaru Wisły - etap 1 - odcinek 1.2”.

W wezwaniu do uzupełnień z dnia 12.10.2015r., wskazaliście Państwo na sublimaty które wskazują niższą kwotę limitu odpowiedzialności, przytaczając jako przykład klauzulę 006 dotyczącą m.in. szkód wynikłych bezpośrednio lub pośrednio z emisji, wycieku lub innej formy przedostania się do powietrza, wody, gruntu jakichkolwiek substancji niebezpiecznych.

Przede wszystkim należy wskazać, iż jedyny warunek postawiony przez Państwa a dotyczący zakresu polisy, wskazywał, iż wykonawca powinien posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, którym to przedmiotem są roboty budowlano-montażowe. I taka właśnie polisa została przez nas przedłożona wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy również podkreślić, iż jej limit jest znacznie wyższy niż przewidziany w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł innych niż ww. przytoczony warunek, szczegółowych zapisów, jakie powinna zawierać polisa OC Wykonawcy. Wszelkie żądania Zamawiającego na obecnym etapie, które nie znajdują odzwierciedlenia w treści Ogłoszenia, są w naszej ocenie bezzasadne. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców i nie mogą prowadzić do ich eliminacji z udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, jeżeli Zamawiający oczekiwał przedłożenia polisy z konkretnymi zapisami, powinien był wymóg ten postawić i precyzyjnie dookreślić w Ogłoszeniu o zamówieniu, w części dotyczącej ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Dodatkowo należy wskazać na cel, w jakim wykonawcy przedkładają polisy ubezpieczeniowe od odpowiedzialności cywilnej, tj.: „celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia” (KIO/UZP 560/09). Również w KIO/UZP 161/09 Izba stwierdziła, że „Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonality dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia.” ]

W dniu 23.11.2015 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 3 Pzp. Jako podstawę wskazał, iż Odwołujący nie uzupełnił Polisy w zakresie klauzuli wibracji lub osiadania gruntu oraz w zakresie zalania przez wody stojące lub płynące. Zamawiający uznał bowiem, że klauzula wibracji i osiadania gruntu oraz zalania przez wody stojące lub płynące nie są rozszerzeniem zakresu ubezpieczenia lecz ograniczeniem zakresu ubezpieczenia, gdyż wiążą się bezpośrednio z przedmiotem i rodzajem zamówienia. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, klauzula wibracji ogranicza odpowiedzialność Ubezpieczyciela wyłącznie do zdarzeń będących katastrofą

budowlaną. W związku z powyższym, w tym zakresie Zamawiający uznał, że sublimity na szkody w mieniu oraz szkody na osobie powstałe na skutek wykonywania projektów architektonicznych budowlanych i sprawowania nadzoru inwestorskiego oraz klauzula 006 włączenie szkód wynikłych bezpośrednio lub pośrednio z emisji, wycieku lub innej formy przedostania się do powietrza, wody, gruntu jakichkolwiek substancji niebezpiecznych są luźno związane z przedmiotem zamówienia wobec czego odstąpił od ich oceny jako nie związanych bezpośrednio przedmiotem zamówienia. Dlatego też Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia ww warunku.

Odwołujący podtrzymuje swoją argumentację wskazaną w wyjaśnieniach z dnia 25.10.20i5r. W szczególności podkreśla, iż sam Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlano-montażowe. Na marginesie można dodać, iż na obecnym etapie wykonawcy nie znają nawet dokładnego, szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże wydaje się to być bez znaczenia. Wskazać bowiem należy na cel przedkładania przez wykonawców polis OC, tj. ma ona pozwolić na ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, a nie na potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż przedłożona przez Odwołującego polisa obejmuje cały zakres prowadzonej przez Odwołującego działalności, w tym robót budowlano-montażowych, na kwotę pięciokrotnie wyższą, niż wymagana przez Zamawiającego. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie postawił w zakresie polisy OC żadnych dodatkowych wymogów, w tym nie wykluczył możliwości występowania sublimitów i w tym zakresie jest związany. Na obecnym etapie nie może stawiać dodatkowych wymagań, które nie zostały jednoznacznie wyartykułowane w treści ogłoszenia o zamówieniu, tzn. nie może badać podlimitów w złożonej przez Odwołującego polisie. Okoliczność, że polisa OC, o której mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../, ma na celu wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunku ekonomicznego i nie ma konieczności, aby potwierdzała ubezpieczenie przedmiotu zamówienia, tj. danego kontraktu, zostało potwierdzone w wyroku KIO 1206/10.

Stanowisko Odwołującego znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby np.: w wyroku z dnia 24.06.20i5r. (KIO 1147/14) „Zgodnie z wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby poglądem, dla spełnienia takiego warunku, jaki zamawiający opisał w SiWZ, wystarcza wykazanie ubezpieczenia prowadzonej działalności od odpowiedzialności cywilnej w takim zakresie, który jest związany z przedmiotem zamówienia. Zaprezentowany pogląd wynika stąd że polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej składana przez wykonawcę w postępowaniu służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Nie powinna być utożsamiana z ubezpieczeniem konkretnego kontraktu, z czym mógłby się wiązać obowiązek ubezpieczenia OC od wszelkich ryzyk jakie łączą się z wykonywaniem danej umowy. Powyższe prowadzi do

wniosku, że generalnie zamawiający badając składne przez wykonawców polisy, nie jest uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia, franszys czy sublimitów."

- w wyroku KIO 564/14:..Wskazać należy, że celem wymagania złożenia przez wykonawców polisy jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, w jakiej wykonawcy pozostają na dzień składania ofert, nie zaś zabezpieczenie realizacji przedmiotu zamówienia (...) nieuprawnione jest utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, bowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim."

- (KIO 165/13) ..Dokument ubezpieczenia służy potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie stanowi dowodu ubezpieczenia danego przedmiotu zamówienia. Tym samym nie jest uprawnione utożsamianie działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, albowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim w całej rozciągłości".

Załącznik nr 4 - kopia informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Wskazał na treść ogłoszenia o zamówieniu, w którym zgodnie z pkt III.2.2.1.1. stwierdzono, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą iż spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej: posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia nie może być niższa niż 10 mln zł.

Na potwierdzenie wykonawcy wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału winni byli złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z kolei zgodnie z sekcją III.2.2.1.2 ogłoszenia „wykonawca musi dysponować środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości łącznej co najmniej 15 000 000 zł /słownie.../. Wykonawca musi wykazać się dobrą sytuacją finansową rozumianą jako udokumentowana możliwość dysponowania środkami finansowymi w wysokości łącznej co najmniej 15 000 000 zł.” Na potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający wymagał przedłożenia informacji banku lub skok, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową

wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.

W odpowiedzi na takie warunki odwołujący nr 1 nie złożył dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie przedłożył także informacji banku lub skok o wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej. Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp konsorcjum złożyło dokumenty, które zostały ocenione przez zamawiającego jako nie potwierdzające spełnienia przez niego warunków udziału dotyczących wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący nr 2 dołączył do wniosku dokument opłaconej polisy, a po wezwaniu przez zamawiającego złożył wyjaśnienia z polemiką co do zasadności wezwania.

Zamawiający w swoim stanowisku nie neguje oceny, że polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej składana w postępowaniu służy wykazaniu spełnienia warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy i nie powinna być utożsamiana z ubezpieczeniem konkretnego kontraktu. Podziela również pogląd, że generalnie zamawiający badając składane polisy nie jest uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia, fransyz czy sublimitów. Zauważa jednak, że zastrzegł, iż limit OC ma dotyczyć każdego i wszystkich zdarzeń. Przy tak określonym warunku zamawiający może badać wyłączenia i podlimity dotyczące zdarzeń kluczowych z ptu widzenia działalności gospodarczej wykonawcy związanej z przedmiotem zamówienia. Wskazał na wyrok KIO 2786/11.

Zauważył, że z treści polisy odwołującego nr 1 wynika, że kluczowe zdarzenie z punktu widzenia prowadzonej przez ten podmiot działalności tj. demontaż wadliwych produktów oraz montaż produktów bez wad ograniczona jest do kwoty 3 000 000 zł na jeden i na wszystkie wypadki. Ponadto w klauzuli 13.2 wprowadzono podlimit 100 000 zł na wypadki za szkody wynikające z używania młotów pneumatycznych, hydraulicznych, kafarów lub innych maszyn lub urządzeń o podobnym działaniu przy czym obejmuje on szkody polegające na uszkodzeniach powierzchniowych które nie pogarszają stateczności mienia, ani nie zagrażają jego uczestnikom.

Podobnie z polisy odwołującego nr 2 wynika, iż dla zdarzeń związanych kluczowo z przedmiotem zamówienia klauzula 006 rozszerzająca zakres ubezpieczenia o szkody związane z wibracją, osunięciem albo siadaniem gruntu lub ziemi, ograniczono limit odpowiedzialności do 3 000 000 zł.

Zamawiający podkreślił, że w standardowych umowach ubezpieczenia wprowadzone są limity, podlimity, sublimity, co oznacza, że posiadając polisę z zasadniczą sumą ubezpieczenia w wysokości x zł zakład ubezpieczeń za szkody wskazane w taki sublimitach/.../ będzie odpowiadał do wysokości tam wskazanej, a nie do wysokości sumy

gwarancyjnej. Z tego względu istotne jest analizowanie wysokości sumy ubezpieczenia i określonych w umowie wysokości podlimitów na określone kategorie szkód. Zamawiający uznał, że obaj odwołujący nie wykazali spełnienia opisanego w ogłoszeniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. nie wykazali że posiadają polisę, która spełnia wymagania wskazujące, że wykonawca winien posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związane z przedmiotem zamówienia, a kwota limitu odpowiedzialności cywilnej na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia miała być nie niższa niż 10 mln zł.

Zamawiający wskazał na treść informacji banku otrzymanej na wezwanie, z której to treści wynika, że wykonawca posiada możliwość uzyskania kredytu bankowego, przy czym zgodnie z jego treścią ewentualne udzielenie finansowania będzie możliwe po uprzedniej ocenie kondycji finansowej klienta. Zamawiający stwierdził, że zaświadczenia tego nie wynika, iż Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie posiada zdolność kredytową. Uznał, że możliwość uzyskania kredytu nie oznacza zdolności kredytowej, a ponadto ewentualne udzielenie finansowania będzie możliwe po uprzedniej ocenie kondycji finansowej.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący konsorcjum Inżynieria Rzeszów wskazał, iż na wezwanie Zamawiającego złożył pismo z banku o posiadanej zdolności kredytowej. Wskazał także na stanowisko banku, którego treść przekazał do Izby wraz z częścią zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przypomniał, jak w odwołaniu, iż oświadczenie o zdolności kredytowej nie jest tożsame z promesą kredytową (art. 70 Prawa bankowego). Zauważył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polisa spełnia funkcję finansową, a nie asekuracyjną w stosunku do Zamawiającego. Wskazał na treść warunku opisaną w ogłoszeniu w pkt III.2.2.1.1 i odpowiadającą temu warunkowi treść polisy, co oznacza potwierdzenie spełnienia warunku. Przypomniał, że ocena spełnienia warunku przebiegała na zasadzie spełnia/nie spełnia. Zauważył, że na tym etapie postępowania sposób i zakres ubezpieczenia nie powoduje żadnego ryzyka po stronie Zamawiającego. Przypomniał, że sublimity mają znaczenie z punktu widzenia asekuracyjnego, a nie finansowego. Stwierdził, że inni wykonawcy także przedstawili polisy ubezpieczeniowe z limitami dla określonych zdarzeń niższymi od sumy gwarancyjnej kwoty wymaganej w ogłoszeniu (Mostostal z limitem 5 mln, Skanska z limitem 4 mln).



Odwołujący IDS-BUD podzielił argumentację drugiego Odwołującego w zakresie funkcji polisy ubezpieczeniowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przypomina, że polisa nie służy zabezpieczeniu wykonania przedmiotu zamówienia, lecz ma potwierdzić zdolność finansową. Stosownie do przepisów ustawy i rozporządzenia polisa i jej przedmiot ma związek z przedmiotem zamówienia. Dodatkowe klauzule w umowie ubezpieczenia opisują określone ryzyka i nie zmieniają faktu wykazania zdolności finansowej na wymaganą w ogłoszeniu kwotę. Stwierdził, że dodatkowe klauzule w polisie wskazują na wykupienie ubezpieczenia z tytułu dodatkowych ryzyk i nie powodują zmiany wymaganej sumy gwarancyjne dla prowadzonej działalności podstawowej wykonawcy, tym samym rozpatrywany dokument wskazuje, iż sytuacja finansowa wykonawcy jest lepsza, niż gdyby nie zawierał dodatkowych informacji zawierających klauzule dodatkowe, rozszerzające.

Zamawiający wskazał na treść ogłoszenia i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, z których wynika wymóg złożenia dokumentu potwierdzającego zdolność kredytową. Stwierdził, że ten sam bank, którego dokumenty przedstawił Odwołujący, wystawił innym wykonawcom opinie bankowe potwierdzające jednoznacznie zdolność kredytową w określonej kwocie. Stwierdził, że pismo banku złożone w postępowaniu odwoławczym jako dowód powiela treści wcześniejszego zaświadczenia ze stwierdzeniem o możliwości uzyskania kredytu, a nie o posiadaniu zdolności kredytowej. Przypomniał postanowienia ogłoszenia cytowane przez Odwołujących, w szczególności wymóg, by kwota limitu OC dotyczyła jednego, jak i wszystkich zdarzeń.

Podtrzymał stanowisko zawarte w wyniku oceny wniosków. Wskazał, że postawiony wymóg służy potwierdzeniu możliwości pozyskania polisy dowodzącej posiadanie określonej zdolności finansowej (ekonomicznej), polisy realnej, a nie pozornej. Stwierdził, że wskazani przez Odwołującego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego uzupełnili dokumenty potwierdzające ubezpieczenie OC. Zakwestionował walor dowodowy dokumentów złożonych przez Odwołującego, w tym pisma banku i prywatne opinie kancelarii usług brokerskich.

Przystępujący konsorcjum Porr poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie obydwu odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Bez wątplenia każdy z odwołujących legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, co oznacza wypełnienie materialno prawnej przesłanki rozpoznania odwołań.

Odwołujący wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia.

Zamawiający określił warunek w Rozdziale III.2.2) 2.1 Ogłoszenia o zamówieniu, żądając by wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył m.in. opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł (dziesięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia.

Zamawiający określając warunki sytuacji ekonomiczno- finansowej wykonawcy odniósł się w zakresie warunku j do obowiązku przedstawienia polisy lub innego dokumentu na określoną kwotę bez limitu odnośnie jednego lub wszystkich zdarzeń. Były to jedyne szczegółowe wymagania Zamawiającego w odniesieniu do polisy.

Zatem poprzez wykazanie się posiadaniem opłaconej polisy w określonej kwocie odpowiedzialności zgodnej z warunkiem udziału lub większej, Odwołującą prawidłowo potwierdzili spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do drugiej przesłanki wykluczenia pierwszego z odwołujących należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni zarówno w odniesieniu do treści postawionego przez siebie warunku udziału znajdowania się w sytuacji finansowej , jak również w odniesieniu do treści złożonego przez Odwołującego dokumentu. Z treści złożonej informacji z banku wynika wprost, że Odwołujący ma możliwość pozyskania finansowania w formie kredytu, które to sformułowanie jest w ocenie składu orzekającego tożsame ze stwierdzeniem o posiadaniu zdolności kredytowej do kwoty 25 000 000 zł. Treść taką można wywieść z oświadczenia Banku: Inżynieria Rzeszów posiada możliwość uzyskania kredytu bankowego na realizację robót budowlanych do kwoty 25 000 000 zł.

Zatem uznać należy, że składając informację z mBank S-A, Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe ustalenie potwierdza autorska wykładnia treści oświadczenia złożona jako dowód w postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że dokonując czynności wykluczenia Odwołujących zamawiający naruszył przepisy ustawy wskazane w odwołaniach.

W świetle dokonanych ustaleń skład orzekający stwierdza, że zarzuty odwołań były uzasadnione, wynikiem czego jest rozstrzygnięcie zawarte w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:**

.....