

**WYROK**

**z dnia 15 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez **Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12,**

przy udziale wykonawców:

**A. Comarch Polska Spółka Akcyjna, 31-864 Krakow, Al. Jana Pawła II 41G,**

**B. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 na rzecz Skarbu Państwa - Ministerstwa Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: *Budowa, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi*.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 stycznia 2012 r., nr 2012/S 16-025379 (dostawy).

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp wykonawca Assec Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie - Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania, wbrew przepisom Pzp, jak podał w odwołaniu, tj.: wezwania Odwołującego do uzupełnienia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (pismo z dnia 26 października 2012 r.).

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanej czynności Zamawiającego, doszło do naruszenia następujących przepisów Pzp: 1) art 26 ust. 3 z uwagi na fakt wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, mimo że dokument został załączony do złożonej oferty oraz nie zawiera żadnego błędu; 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ze względu na treść wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, która nie określa błędu bądź rodzaju nieprawidłowości, którą miałyby być obarczona złożona Zamawiającemu polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej; 3) art. 192 ust. 3 pkt 1 ze względu na nie wykonanie przez Zamawiającego czynności nakazanych wyrokiem zapadłym w połączonych sprawach KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12; 4) art. 7 ust. 1 ze względu na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w szczególności przez nie rozróżnienie różnych sytuacji faktycznych odnoszących się do polis ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, złożonych przez wykonawcę Sygnity S.A. i Odwołującego.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 26.10.2012 r.

Informację o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. pismo wzywające do uzupełnienia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności

cywilnej, Odwołujący otrzymał drogą faksową w dniu 26 października 2012 r.

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem: 1) w świetle wyroku KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12, oferta uznana pierwotnie przez Zamawiającego za najkorzystniejszą powinna zostać odrzucona, a oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą; 2) w świetle części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nieuzasadnione wezwanie do uzupełnienia dokumentów może być podstawą wniesienia środków ochrony prawnej pod rygorem odrzucenia odwołania wniesionego na czynność wykluczenia z postępowania; 3) Odwołujący potwierdził w swojej ofercie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zawartymi w Rozdziale VIII ust. 4 pkt 2 Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej sytuacji ekonomicznej wykonawców wykazania się posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości 35 mln złotych nieograniczoną liczbą zdarzeń ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie.

Na potwierdzenie tego warunku Odwołujący załączył do oferty polisę nr 000-11-430-05883853 wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A.

Zamawiający powziął wątpliwości, co do kilku polis i poprosił wykonawców (w tym Odwołującego) o wyjaśnienia. Odwołujący złożył pismem z dnia 27 sierpnia 2012 r. wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wystarczające do stwierdzenia, iż załączona do oferty Odwołującego polisa jest właściwa. W przypadku polisy złożonej w tym postępowaniu przez Sygnity S.A., Zamawiający, wobec niewystarczających wyjaśnień wykonawcy, zasięgnął opinii biegłego - brokera ubezpieczeniowego Supra Brokers Spółka z o.o. Opinia ta (z dnia 30.08.2012r.) wskazywała na szereg błędów w polisie Sygnity S.A., a mimo to zawierała stwierdzenie, iż w opinii brokera jest ona wystarczająca dla potwierdzenia warunku określonego w SIWZ.

Inni wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym Odwołujący, wnieśli odwołania na czynność wyboru oferty Sygnity S.A., m. in. wskazując na błędy w załączonych przez tego wykonawcę polisach. W szczególności zarzuty obejmowały: 1) brak spójności kilku polis „nadwyżkowych” powodujący brak rzeczywistej ochrony do kwoty 35 milionów zł; 2) istotne obniżenie sumy ubezpieczenia w zakresie podstawowej działalności wykonawcy Sygnity S.A. zgodnej z przedmiotem zamówienia do kwoty 5 milionów zł na wszystkie i 2,5 miliona zł na jedno zdarzenie.

Zarzuty te były rozpatrywane przez KIO w ramach połączonych spraw KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12. W wydanym wyroku KIO potwierdziła zasadność zarzutów stwierdzając, że zarówno opinia Supra Brokers zamówiona przez Zamawiającego, jak i

analiza brokera Gras Savoy przedłożona przez Odwołującego spójnie wskazują na szereg istotnych błędów polis Sygnity S.A. Nie odnosząc się szerzej do wszystkich argumentów, KIO stwierdziła w podsumowaniu: (...) *już tylko z tego powodu, tj. ze względu na ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie Allianz wykonawca Sygnity S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, podlimity powyższe odnoszą się do podstawowej działalności prowadzonej przez Przystępującego Sygnity S.A., związanej ściśle z przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe i biorąc pod uwagę wskazane powyżej postanowienia dotyczące podlimitów w polisie Allianz należy wskazać, iż są one sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w tym zakresie.*

Dalej Izba stwierdziła: *Biorąc jednak pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, iż nie stosował on w przedmiotowym zakresie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czynność wykluczenia winna być poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów.*

Nie ulega więc wątpliwości - wykonując wyrok KIO - Zamawiający zobowiązany był wezwać do uzupełnienia polisy wykonawcę Sygnity S.A. Tymczasem Odwołujący (również) otrzymał wezwanie do uzupełnienia polisy, co jest niezrozumiałe i nieuzasadnione w świetle wyroku KIO oraz stanu faktycznego.

Po pierwsze, polisa załączona do oferty Odwołującego nie była kwestionowana ani przez Zamawiającego, ani przez innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. W szczególności wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych miejscach, kwestionując ofertę Odwołującego, nie podnosili żadnych zarzutów wobec polisy załączonej do oferty. Kwestia zgodności polisy Odwołującego z wymaganiami SIWZ nie była więc przedmiotem sporu i orzekania Izby w ramach połączonych spraw KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12.

Po drugie, polisa Odwołującego nie zawiera błędów zidentyfikowanych i potwierdzonych wyrokiem KIO, jako stanowiących podstawę wezwania do uzupełnienia. W szczególności, wbrew twierdzeniu Zamawiającego zawartemu w żądaniu uzupełnienia polisy, polisa Odwołującego nie zawiera analogicznego ograniczenia odpowiedzialności. Zrozumiałym byłoby, iż w sytuacji analogicznych błędów występujących w kilku ofertach, Zamawiający powinien - powtarzając czynności - w taki sam sposób potraktować wszystkich wykonawców. Jednak polisa Odwołującego: 1) jest jedną spójną polisą, a więc nie mają do niej zastosowania zarzuty dotyczące polis „nadmiarowych” przedłożonych przez Sygnity S.A. (w szczególności braku mechanizmów typu step down, różnych triggerów czasowych); 2) nie zawiera ograniczenia (sublimitu) dotyczącego podstawowej działalności Odwołującego zgodnej z przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie projektanta systemów komputerowych. Tymczasem te właśnie błędy stanowiły podstawę orzeczenia Izby. Również sam

Zamawiający przywołuje w treści wezwania cytowany już fragment wyroku KIO: *ze względu na ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie Allianz wykonawca Sygnity S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Podlimity powyższe odnoszą się do podstawowej działalności prowadzonej przez Przystępującego Sygnity S.A. związanej ściśle z przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający ma więc do czynienia z różnymi stanami faktycznymi, których nie może traktować jednakowo. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby tak samo traktować podmioty znajdujące się w takiej samej sytuacji, natomiast odmiennie podmioty znajdujące się w różnych sytuacjach. Wyraźnie podkreślił to Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w jednym z wyroków: *niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamych sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych* (sprawa C-147/79). Z uwagi na charakter orzecznictwa TSUE, wyrok odnosi się wprost do podmiotów z różnych państw członkowskich, niemniej sformułowana w nim zasada ma również znaczenie w przypadku wykonawców pochodzących z tego samego państwa.

Obaj wykonawcy (Sygnity S.A. i Odwołujący) załączyli do swoich ofert zupełnie różne polisy. W szczególności: 1) Sygnity S.A. załączyło kilka polis, które - z uwagi na ich treść - nie stanowią odpowiednika jednej polisy (nie stanowią systemu polis nadmiarowych), natomiast Odwołujący przedłożył jedną polisę oraz 2) Polisa Sygnity S.A. zawiera sublimit w zakresie podstawowej działalności wykonawcy zgodnej z przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie projektanta systemów komputerowych, natomiast polisa Odwołującego takiego sublimitu nie zawiera.

O ile żądanie uzupełnienia polisy przez Sygnity S.A. jest w pełni uzasadnione wyrokiem KIO - o tyle żądanie wystosowane do Odwołującego jest całkowicie bezpodstawne. W tej sytuacji należy stwierdzić, że Zamawiający nie tylko nie wykonuje wyroku KIO zgodnie z jego treścią, ale również narusza zasadę równego traktowania wykonawców, która jest podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych.

Po trzecie, wezwanie do uzupełnienia polisy przez Odwołującego jest tak lakoniczne, że nie sposób się do niego odnieść. W wezwaniu stwierdzono jedynie, iż polisa Odwołującego *zawiera analogiczne ograniczenia odpowiedzialności* bez wskazania choćby fragmentu tekstu polisy mogącego stanowić podstawę takiego twierdzenia. Wobec oczywistego braku w polisie Odwołującego *analogicznego ograniczenia odpowiedzialności*, czyli odpowiedzialności projektanta systemów komputerowych, pozostaje powtórzyć jeszcze raz: polisa Odwołującego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego dotyczące posiadania *opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości 35 mln złotych nieograniczonej liczbą zdarzeń ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno*

*zdarzenie*. Reasumując powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili skutecznie po stronie Zamawiającego wykonawcy: Comarch Poland S.A. i Sygnity S.A., stając się uczestnikami postępowania.

Strony i uczestnicy postępowania złożyli na rozprawie następujące wyjaśnienia i wnioski oraz dowody.

Odwołujący: podtrzymał odwołanie, wniósł o jego uwzględnienie, kwestionując wezwanie Zamawiającego. Podniósł, że w związku z treścią wezwania - brak wykazania błędów w polisie, nie uzyskał opinii biegłego i nie przygotował argumentacji na rozprawę. Potwierdził, że w wyznaczonym terminie złożył Zamawiającemu wyjaśnienia oraz załączył tę samą polisę, wyjaśniając, że posiada tylko tę jedną polisę. Podniósł, że kwestia sporna w zasadzie powstała w wyniku orzeczenia Izby w dniu 5 października 2012 r., gdzie Izba stwierdziła, że ze względu na ograniczenie odpowiedzialności zwartej w polisie Sygnity S.A. wykonawca ten, nie spełnia warunków postępowania. Ograniczenie odnosiło się do odpowiedzialności cywilnej projektanta lub systemów komputerowych. Przedmiotem odwołania i rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 1961/12 była wyłącznie kwestia wskazanej wyżej odpowiedzialności cywilnej projektanta lub wykonawcy systemów komputerowych. W ocenie Odwołującego nie ma analogii polisy złożonej przez Sygnity S.A. do polisy złożonej przez Odwołującego.

Złożył oświadczenie Allianz z 13.11. 2012 r. podpisane przez Starszego Specjalistę ds. Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej Departamentu Underwritingu i Sprzedaży Korporacyjnej RCU w Gdańsku.

Zamawiający: wniósł o oddalenie odwołania w całości i wyjaśnił m.in., że treść odwołania wskazuje, że Odwołujący wie, jakiej czynności dotyczy wezwanie. Podniósł, że w piśmie (wezwanu) powołano: 1) podstawę - art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis, co do zasady, nie określił treści wezwania zamawiającego, 2) odniesiono się do złożonej przez Sygnity S.A. polisy, 3) Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 5 października 2012 r. sygn. akt KIO 1961/12 podnosząc, że w polisie wykonawcy Sygnity S.A. zostały zamieszczone ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczeniowej. Zamawiający wskazał, że analogiczne ograniczenia zwarte są również w polisie Odwołującego. Wyjaśnił, że warunek, co do sytuacji ekonomicznej i finansowej opisano w rozdziale VII pkt 1 lit. c specyfikacji. Natomiast w rozdziale VIII ust. 4 pkt 2 opisany został sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W wezwaniu wskazano odpowiednie postanowienia specyfikacji.

Powołał się na analizę prawną dotyczącą oceny polis trzech wykonawców, tj. Assec Poland S.A., Comarch Polska S.A. i SKG S.A, dokonaną przez Grupę Doradczą - doradcę strategicznego Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, w świetle wyroku Izby z 5 października 2012 r., z której wynika, że podlimity w polisie Odwołującego - podobnie, jak w

polisy Sygnity S.A. - obniżają sumę gwarancyjną do kwoty niepozwalającej na uznanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał polisę ubezpieczenia OC załączoną do oferty Odwołującego na sumę gwarancyjną 35 000 000 zł (aneks nr 4 z 13 marca 2012 r.) i klauzulę 7 o treści: „Włączenie odpowiedzialności za czyste szkody majątkowe, w tym szkody wynikające z błędnej instalacji oprogramowania”, podnosząc, że powyższe włączenie obniża sumę gwarancyjną ubezpieczenia o około 2 000 000 zł. Zamawiający podniósł, że został zobowiązany na podstawie wyroku z 5 listopada 2012 r. do wezwania Sygnity S.A. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Powołując się na wyrok Izby KIO 1939/10 z 23 września 2010 r. (str. 20), stwierdził, że wobec analogicznych uregulowań w polisie Odwołującego, podjął weryfikację swoich czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazał art. 7 ust. 3 Pzp (orzecznictwo Izby: sygn. akt KIO 159/11 z 1 lutego 2011 r., KIO 2685/10 i KIO 2686/10 z 28 grudnia 2010 r. oraz KIO 1404/10). Podniósł, że zobowiązany jest do zweryfikowania czynności błędnych, chociażby z powodu niedopuszczenia do sytuacji zwania nieważnej umowy. Podał ponadto, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (dot. ETS) o sygn. C-147/79 wskazany w odwołaniu, zapadł w odmiennym stanie faktycznym, stąd nie powinien być uwzględniany w toku postępowania. Wniósł o zaliczenie w poczet dowodów, akt sprawy w postępowaniach odwoławczych zakończonych wyrokiem, sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12.

Porównując odwołanie oraz wezwanie do złożenia dokumentów, zamawiający stwierdził, że odwołujący odniósł się, do swojego sformułowania w odwołaniu kończącym się wyrokiem KIO 1961/12, a mianowicie *projektanta systemów komputerowych*, to jednak w odwołaniu SMT oznaczonym sygn. akt KIO 1956/12, tamten wykonawca zawarł w swoim żądaniu szerszy zakres kwestionowanych podlimitów uwzględniający również podlimit wskazany przez odwołującego. Wyjaśnił, że w odwołaniu Asseco Poland S.A. rozpoznanym w dniu 5 października 2012 r. podnoszono tylko jeden podlimit wobec firmy Sygnity S.A. Ten podlimit został wskazany w obecnym odwołaniu w końcowej części. Dotyczył ograniczonej działalności projektanta systemów komputerowych. Natomiast w odwołaniu SMT dotyczącym Sygnity S.A. wskazano szerszy zakres podlimitów. Izba orzekając wyrokiem KIO 1956/12 odniosła się do całej grupy podlimitów, zatem cytat podany w piśmie z 26 października 2012 r. pochodził z wyroku Izby, jako generalnej konkluzji dotyczącej podlimitów (str. 123 i 132 wyroku). Wskazał na pełną treść klauzuli nr 7. Podał ponadto, że w wezwaniu użył liczby mnogiej, co do analogicznych przypadków do polisy Sygnity S.A., a z tego wynika, że również zastrzeżenia wystąpiły wobec klauzul 4, 10, 13, ostatni podlimit dotyczy działalności podstawowej. Zamawiający podniósł, że po stornie odwołującego brak jest legitymacji czynnej w zakresie wszystkich przesłanek stanowiących łącznie podstawę wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Na wezwanie zamawiającego, odwołujący dokonał czynności, gdyż w dniu 5 listopada 2012 r. uzupełnił dokument składając Zamawiającemu polisę. Powołując się na orzecznictwo, Zamawiający wskazał na



jednorazowość czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Złożył opinię Polskiej Izby Ubezpieczeń z 13 listopada 2012 r.

Comarch Polska S.A.: podtrzymał stanowisko zwarte w zgłoszeniu i wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że odwołujący nie ma i nie wykazał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wnosząc odwołanie. Wskazał, że Odwołujący kwestionując wezwanie zastosował się do treści tego wezwania, bowiem uzupełnił ofertę składając polisę w wyznaczonym terminie. Z tego powodu odwołanie powinno być oddalone. Wskazał również, że nie podziela poglądu, że czynność wezwania wykonawcy dokonana przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest czynnością samoistną, którą może kwestionować stosując środek ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust 1 Pzp. Ponadto podniósł, że Odwołujący był stroną i uczestnikiem postępowania zakończonego wyrokiem Izby z 5 listopada 2012 r., nieuzasadnione jest zatem twierdzenie o braku wiedzy w zakresie objętym wezwaniem. Wskazał, że wyrok wydany przez Izbę nie dotyczy tylko podlimitów związanych z odpowiedzialnością w zakresie projektowania, lecz również dotyczy innych podlimitów występujących w kwestionowanym ubezpieczeniu.

Złożył do akt sprawy ogólne warunki ubezpieczenia OC, powołując się na str. 1 § 2 pkt 20 - definicja podlimitu. Odnosząc się do specyfikacji rozdział VII - warunki udziału - pkt 1 lit. c, powołał się na wyrok Izby, w którym Izba stwierdziła, że polisa ubezpieczeniowa złożona przez Sygnity S.A. zawiera szereg ograniczeń i podlimitów. Wskazał str. 138 oferty Sygnity S.A., gdzie podano sumę gwarancyjną oraz podlimit nr 7 na kwotę 1 000 000 zł na jeden i wszystkie wypadki i ryzyka. Odnosząc powyższe do oferty Asseco Poland S.A. str. 197 oferty - wskazał podlimit w kwocie 2 000 000 zł na jeden i wszystkie wypadki w odniesieniu do ryzyka opatrzonego klauzulą nr 7, stwierdzając, że klauzula nr 7 w obu polisach jest taka sama.

Złożył opinię brokera ubezpieczeniowego, w której przedstawiono ocenę stanu faktycznego i prawnego dotyczącą polisy Asseco Poland S.A., w szczególności omawiając podlimity, które ograniczają zakres odpowiedzialności ubezpieczeniowej w stosunku do wymagań specyfikacji. Podniósł, że z opinii, złożonej przez Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1961/12, zbieżnej ze stanowiskiem zawartym w opinii złożonej przez Zamawiającego, jednoznacznie wynikało, że w polisie Sygnity S.A. znajduje się szereg podlimitów, a nie tylko jeden, jak twierdzi obecnie Odwołujący w odwołaniu. Potwierdził stanowisko, że Zamawiający wykonując wyrok Izby powinien był zastosować ustalenia wynikające z wyroku również do drugiego wykonawcy będącego w takiej samej sytuacji. Powołał się na orzecznictwo Izby potwierdzające, że Zamawiający może z własnej inicjatywy podjąć działania naprawcze (wyrok Izby sygn. akt KIO 848/12 z 11 maja 2012 r.). Podniósł, że czynności zamawiającego w ramach powtórzenia dokonanych uprzednio czynności oraz opinia złożona przez Zamawiającego, nie odnosi się tylko do klauzuli 7.

Wskazał, że Zamawiający ma obowiązek wykonać wyrok w całości i klauzula nr 7 jest analogicznym ograniczeniem odpowiedzialności w obu polisach. Obydwie klauzule miały stanowić potwierdzenie stanów w obu ofertach.

Sygnity S.A.: poparł stanowisko zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania.

Poparł stanowisko Comarach Polska S.A., co do braku legitymacji czynnej wnoszącego odwołanie, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Wskazał, że obok wymogu interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący powinien wykazać również możliwość poniesienia szkody. Skoro zamawiający żądał tylko uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to żądanie to w żadnym wypadku nie wiąże się z możliwością powstania szkody po stronie Odwołującego. Podniósł ponadto, że art. 26 ust. 3 Pzp nie określa i nie wymaga, by Zamawiający uzasadnił wezwanie. Stwierdził, że kwestionowanie czynności Zamawiającego możliwe będzie dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert i wybraniu oferty najkorzystniejszej. Z tych to czynności wynikałaby ocena uzupełnionej oferty. Natomiast w zakresie oceny merytorycznej odwołania stwierdził, że jeżeli zamawiający może w toku postępowania powtórzyć dokonaną czynność polegającą na badaniu i ocenie ofert, to fakt ten niweczy możliwość wniesienia odwołania od czynności wezwania, gdyż zaskarżenie ustaleń i ich efektów dokonanych przez Zamawiającego, możliwe byłoby po ich przedstawieniu, dokonanym po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Poparł stanowisko Comararch Polska S.A. w związku ze złożeniem opinii brokera oraz ogólnych warunków ubezpieczenia.

Podkreślił przy tym, potwierdzając stanowisko Zamawiającego, że wyrok Izby z 5 października 2012 r. spowodował, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 5 września 2012 r. została unieważniona, zatem Zamawiający dokonuje ponownie czynności poczynszczy od badania ofert.

Złożył 3 opinie - opinię prawną z 12 listopada 2012 r. na temat zasadności wezwania dokonanego przez Zamawiającego, opinię brokerską z 12 listopada 2012 r. w zakresie oceny polisy ubezpieczeniowej Asseco Poland S.A. T..... L..... oraz w tym samym zakresie opinię J..... P.....

Na podstawie porównania - klauzula nr 7 i klauzula dotycząca odpowiedzialności projektanta, stwierdził, że obie odnoszą się do czystych strat majątkowych. Klauzula 7 ust. 2 pkt 3 wyłączone są szkody w zakresie projektowania. Stwierdził, że Asseco Poland S.A. nie posiada w ogóle ochrony dla czystych szkód majątkowych.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu Sygnity S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jako niezasadną, z uwagi na fakt,

że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba miała na względzie, że Zamawiający powtarza czynności w postępowaniu zgodnie z orzeczeniem Izby z 5 października 2012 r. Punktacja ofert ustalona 5 września 2012 r. (wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A.) została unieważniona. Zamawiający dokonuje ponownie, zarówno badania, jak i oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Stąd interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego jest uzasadniony, chociażby, jak podniesiono na posiedzeniu, faktem zmniejszenia liczby wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu, na podstawie przepisów art. 189 ust. 2 Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Na podstawie powyższego, w tym załączonej do akt sprawy dokumentacji dotyczącej postępowania, sygn. akt KIO 1955/12, 1956/12 i 1961/12, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zawiadamiając o tym wykonawców pismem z 5 września 2012 r., w którym podał, że najkorzystniejszą ofertą została wybrana oferta Sygnity S.A., uzyskując najwyższą liczbę punktów 97,10, w dalszej kolejności: Asseco Poland S.A. 92,95, Comarch Polska S.A. 92,23, SKG S.A. 76. Kryteriami oceny ofert były: cena 40%, koncepcja architektury rozwiązania 30%, wykonalność koncepcji architektury rozwiązania 30%. Wykonawca SMT Software S.A. został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Wykonawcy wnieśli odwołania: 1) Comarch Polska S.A. - KIO 1955/12, przystępujący: SMT Software S.A. i SKG S.A. - po stronie odwołującego, Asseco Poland S.A. i Sygnity S.A. - po stronie zamawiającego; 2) SMT Software S.A. - KIO 1956/12, przystępujący: Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., Sygnity S.A. i SKG S.A. - po stronie zamawiającego; 3) Asseco Poland S.A. - KIO 1961/12, przystępujący: SMT Software S.A., SKG S.A. i ComArch Polska S.A. - po stronie odwołującego, Sygnity S.A. - po stronie zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 5 października 2012 r. KIO uwzględniła wszystkie odwołania i nakazała Zamawiającemu: 1) sygn. akt KIO 1955/12: ujawnienie części oferty wykonawcy Sygnity S.A. w zakresie koncepcji architektury rozwiązania, prezentacji oferowanego rozwiązania oraz specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania, jak również ujawnienie części oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. w zakresie szczegółowej specyfikacji ceny oferty sporządzonej w oparciu o załącznik nr 3 do SIWZ; 2) sygn. akt 1956/12: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ujawnienie dokumentu opinii bankowej, polisy

ubezpieczeniowej wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz polisy ubezpieczeniowej wykonawcy SKG S.A., jak również powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy Sygnity S.A. z uwzględnieniem brzmienia sentencji odwołania rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1961/12; 3) sygn. akt KIO 1961/12: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ujawnienie dokumentu polisy ubezpieczeniowej i opinii bankowej wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz dokumentu koncepcji architektury rozwiązania zawartego w ofercie wykonawcy Sygnity S.A., jak również dokonanie czynności poprawienia w ofercie wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oczywistych omyłek rachunkowych w zakresie szczegółowej specyfikacji ceny oferty w złożonym wraz z ofertą dokumencie sporządzonym w oparciu o załącznik nr 3 do SIWZ z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia i w zależności od wyniku tej czynności, zastosowanie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i w konsekwencji powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników nakazanych czynności wobec oferty wykonawcy Sygnity S.A.

Zamawiający wykonał czynność nakazaną wyrokiem Izby wobec Sygnity S.A. wzywając wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz mając za podstawę Analizę prawną dotyczącą oceny polisy ubezpieczeniowej Odwołującego (również Comarch Polska S.A. i SKG S.A.), dokonaną przez Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o. - doradcę strategicznego Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, załączoną do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wezwał Odwołującego pismem z 26 października 2012 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia 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, potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w rozdziale VIII ust. 4 pkt 2 SIWZ. Wskazał, że Odwołujący złożył wraz z ofertą polisę nr 000-11-430-05883853 (TUIR Allianz S.A.) na sumę 35 mln. zł (aneks nr 4) na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Powołując się na wyrok Izby, stwierdzający ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie wykonawcy Sygnity S.A., wystawionej przez Allianz - podlimity podstawowej działalności prowadzonej przez tego wykonawcę związanej ściśle z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający mając na uwadze, że polisa Odwołującego zawiera analogiczne ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie, wystawionej również przez Allianz, jak kwestionowany dokument Sygnity S.A., stwierdził, że jest zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia omawianego dokumentu. Wyznaczył termin uzupełnienia do dnia 5 listopada

2012 r. do godz. 16:00.

Odwołujący złożył na wezwanie polisę (taką samą, jak załączona do oferty, na rozprawie wyjaśnił, że posiada tylko tę jedną polisę) oraz przedstawił swoje stanowisko w piśmie przewodnim z 5 listopada 2012 r. Jednocześnie wniósł w tym dniu odwołanie do Prezesa KIO, jako, że był to ostatni dzień 10. dniowego terminu od daty wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołanie wniósł, jak podał w uzasadnieniu, z ostrożności w obawie, że zaniechanie podważenia czynności Zamawiającego na tym etapie postępowania może skutkować odrzuceniem odwołania, wniesionego w wyniku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołanie sprowadza się do zakwestionowania czynności Zamawiającego dokonanych w toku badania i oceny ofert, powtarzanych w związku z nakazem wynikającym z wyroku Izby i podjętych przez Zamawiającego w ramach oceny oferty Odwołującego, oferującej rozwiązania porównywalne lub podobne w zakresie polisy ubezpieczeniowej, do ocenionych przez Izbę w postępowaniach odwoławczych, zakończonych wyrokiem z 5 października 2012r.

Izba zważyła, co następuje.

Oceniając zarzuty i wnioski Zamawiającego oraz obu uczestników postępowania odwoławczego, dotyczące legitymacji czynnej Odwołującego do wniesienia odwołania, Izba miała na uwadze, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zatem, Odwołujący obok wykazania faktycznego interesu w uzyskaniu zamówienia, co w rozpoznawanej sprawie jest niesporne, winien wykazać naruszenie przepisów Pzp oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, rozumianej wyłącznie, jako szkody majątkowej, a więc nie obejmującej krzywdy stanowiącej szkodę niemajątkową. Odwołujący nie mógł ponieść szkody majątkowej wyłącznie na skutek wezwania przez Zamawiającego do złożenia dokumentu, skoro dokument, jedyny jaki posiada w tym zakresie, złożył w wyznaczonym terminie.

Wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niewątpliwie jednym z etapów postępowania (część procedury) w toku badania i oceny ofert, którego efektem jest ocena ofert i w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty lub unieważnienie postępowania. Czynność ta, jako czynność będąca częścią procedury, której następstwem jest ocena ofert, sama w sobie nie powoduje powstania szkody, w przeciwieństwie do np. wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie przepis ust. 3 tego artykułu stanowi bezpośrednią sankcję związaną z niezłożeniem wyjaśnień lub złożeniem wyjaśnień o niewłaściwej treści, w postaci

odrzućenia oferty wykonawcy. Możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody majątkowej może wystąpić dopiero w przypadku niekorzystnej dla jego interesu oceny oferty dokonanej w toku wyboru oferty najkorzystniejszej, od której to czynności przysługują zagwarantowane ustawowo środki ochrony prawnej.

Zastosowany przez Zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, (...), zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (...).

Wskazany przepis, którego adresatem jest zamawiający, stanowiący jednocześnie gwarancję wobec wykonawców, że nie zostaną wykluczeni z postępowania bez możliwości dokonania czynności naprawczych (ewentualne niewłaściwości w ofertach zostaną usunięte na tym etapie postępowania), zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w razie braku w ofercie dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających błędy, nie precyzując rodzaju i zakresu błędów. W drodze wykładni dotyczącej stosowania ustawy Pzp przyjęto, że wezwanie ma miejsce również w razie złożenia oświadczeń lub dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie z kolei zwrócono uwagę na precyzyjność wezwania, którego treść nie powinna nasuwać żadnych wątpliwości, co do oczekiwań Zamawiającego.

W ocenie Izby, skuteczność wezwania należy ocenić w zależności od konkretnego stanu faktycznego sprawy. Nie bez znaczenia są także okoliczności występujące po stronie odbiorcy wezwania, którym jest konkretny wykonawca i ich ocena dokonana w kontekście, czy wezwanie było dostatecznie czytelne i czy wezwany wykonawca mógł się do niego zastosować.

W rozpoznawanej sprawie, wezwanie z dnia 26 października 2012 r., w którym Zamawiający odniósł się do ograniczeń w polisie ubezpieczeniowej Odwołującego na zasadzie analogii do ograniczeń wykazanych w wyroku Izby odnoszących się do polisy Sygnity S.A. (podlimity odnoszące się do podstawowej działalności prowadzonej przez wykonawcę związanej ściśle z przedmiotem postępowania, obie polisy wystawione przez tego samego ubezpieczyciela), należało ocenić, jako zrozumiałe. Odwołujący był odwołującym w sprawie KIO 1961/12 i uczestnikiem postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1955/12 i KIO 1956/12, w których rozpoznawano kwestie związane z zakresem odpowiedzialności ubezpieczeniowej w przypadku wskazania podlimitów, co zostało obszernie przedstawione w uzasadnieniu wyroku Izby.

Odwołujący zastosował się do wezwania Zamawiającego składając w wyznaczonym terminie polisę, taką, jaką wyłącznie posiadał. Zatem, niezależnie od treści wezwania, Odwołujący nie złożyłby żadnej innej polisy we wskazanym terminie, gdyż nią nie dysponował. Stąd treść wezwania, mimo *nie określenia błędu bądź rodzaju nieprawidłowości* nie miała wpływu na możliwość wywiązania się z wezwania, jak również na wynik postępowania (podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt XIX Ga 162/10).

Co do możliwości podjęcia w toku powtórnego badania i oceny ofert, czynności wobec wykonawcy i jego oferty w zakresie dotychczas nie kwestionowanym, Izba podziela orzecznictwo w tym zakresie, że Zamawiający, zobowiązany do prowadzenia postępowania według ustawowych zasad, z obowiązkiem wybrania oferty obiektywnie uznanej w świetle wymagań i kryteriów ceny ofert opisanych w SIWZ za najkorzystniejszą, jest uprawniony i zobowiązany do powtórzenia czynności podlegających weryfikacji, również z własnej inicjatywy, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (przykładowe wyroki Izby: KIO 692/12 z 24 kwietnia 2012 r., KIO 2535/11 z 8 grudnia 2011 r., KIO 2685/10 i 2686/10 z 28 grudnia 2010 r.).

Odnosząc się do przedstawionych wyjaśnień i dowodów złożonych na rozprawie, Izba uznała, że strona przeciwna Odwołującemu - Zamawiający i uczestnicy postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w złożonych wnioskach i opiniach (łącznie 5 opinii: jedna Zamawiającego i cztery uczestników postępowania) odnieśli się do merytorycznej oceny potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu - sytuacja ekonomiczna i finansowa (Rozdział VII pkt 1 lit. c SIWZ), w sposób opisany w Rozdziale VIII ust. 4 pkt 2 SIWZ, oceniając potwierdzenie spełnienia, w sposób negatywny. Na rozprawie, w szczególności podniesiono kwestię klauzuli nr 7 o treści *Włączenie odpowiedzialności za czyste szkody majątkowe, w tym szkody wynikające z błędnej instalacji oprogramowania*, która powoduje obniżenie sumy gwarancyjnej ubezpieczenia o około 2 mln. zł. W ocenie Zamawiającego zastrzeżenia wystąpiły również wobec klauzul 4, 10 i 13 (ostatni podlimit dotyczący działalności podstawowej). Odwołujący, z którego inicjatywy toczy się spór, posłużył się jako dowodem przeciwnym oświadczeniem podpisanym przez Starszego Specjalistę ds. Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej Departamentu Underwritingu i Sprzedaży Korporacyjnej RCU w Gdańsku (Allianz) o treści: że w ocenie ubezpieczyciela polisa nr 000-11-430-05883853 wraz z aneksem zwiększającym sumę gwarancyjną, wystawioną dla Odwołującego, na dzień składania ofert, spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w SIWZ, dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako czynność dokonywaną w toku badania i oceny ofert, poprzedzającą rozstrzygnięcie postępowania przez Zamawiającego, należało uznać za uprawnione, wobec zawartych w polisie Odwołującego podlimitów, dotyczących podobnie, jak w polisie Sygnity S.A. „elementów koniecznych polisy związanych z zakresem zamówienia”, co wynika w szczególności z Analizy prawnej dotyczącej oceny polis Asseco Poland S.A., Comarch S.A. i SKG S.A. w świetle wyroku KIO z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 i KIO 1961/12, załączonej do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiącej podstawę podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wezwaniu Odwołującego w tym trybie. Efektem wezwania jest czynność oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, którą dokonuje Zamawiający (Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego - Sygnity S.A., wezwani do złożenia dokumentów, złożyli dokumenty w wyznaczonym terminie).

Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu nie jest dokonywana przez Izbę na etapie postępowania odwoławczego na skutek wniesienia odwołania od czynności wezwania, gdyż orzeczenie Izby wiązałaby Zamawiającego w toku badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, również uniemożliwiłaby rozpoznanie ewentualnego środka ochrony prawnej od czynności dokonanej przez Zamawiającego w tym zakresie - wykluczenie (art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp), a w szczególności, w rozpoznawanej sprawie, wykraczałaby poza żądanie odwołania - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 26.10.2012 r.

Opinie złożone na rozprawie odnoszą się w szczególności do oceny potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie załączonej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Reasumując powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (nie wyższe niż 3 600 zł), na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....