

Sygn. akt: KIO 2547/20

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę Ś. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: E. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELES-BUD E. K. S.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 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 2019 r. poz. 1843, 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: .....**

Sygn. akt: KIO 2547/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m.st Warszawy, obejmującą 10 rejonów na terenie dzielnic: Białołęka, Bielany, Mokotów, Ochota, Praga-Południe Praga-Północ, Rembertów, Śródmieście, Targówek, Ursynów, Wawer, Wesoła, Wilanów, Włochy, Woła, Żoliborz na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 091-217498.

I. W dniu 5 października 2020 r. wykonawca Ś. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawcy: E. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELES-BUD E. K. S. (dalej jako „wykonawca ELES-BUD”), a także na zaniechanie wykluczenia wykonawcy ELES-BUD z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołanie zostało wniesione w zakresie części 4 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia i ocenę oferty złożonej przez wykonawcę ELES-BUD, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;  
ewentualnie w przypadku jednoczesnego braku uwzględnienia pozostałych zarzutów oraz możliwości wezwania wykonawcy ELES-BUD E. K.-S. do uzupełnienia oferty - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w opisanym w uzasadnieniu zakresie;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy ELES-BUD podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że przekazana przez niego polisa potwierdza posiadanie wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy ELES-BUD podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. na badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy ELES-BUD podczas gdy złożenie jako element oferty polisy uzyskanej w oparciu o niezgodne ze stanem faktycznym informacje przekazane ubezpieczycielowi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, zagrażające interesowi zarówno innych wykonawców w postępowaniu, jak i samego zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w części 4 oferty złożonej przez wykonawcę ELES-BUD oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie tej części,
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ELES-BUD oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu zgodnie z postawionymi zarzutami.

II. Pismem wniesionym w dniu 6 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 9 października 2020 r. wykonawca ELES-BUD zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie wykonawca ELES-BUD przedstawił w piśmie z dnia 6 listopada 2020 r. Wykonawca ELES-BUD wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

W pkt 7.2.1.2 SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający wymagał, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na sumę gwarancyjną co najmniej 250 000,00 zł (w ramach części 4). Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku zamawiający wymagał złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (zawierających potwierdzenie zapłaty ubezpieczenia). Wykonawca ELES-BUD, celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu złożył polisę Compensa T.U. S.A. nr 4261670, w treści której jako suma gwarancyjna została wskazana kwota 1 000 000 zł (okoliczność bezsporna). W zakresie sumy gwarancyjnej wykonawca ELES-BUD spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu w stopniu znaczenie przekraczającym wymaganie zamawiającego. Podniesione w odwołaniu zarzuty nie odnosiły się jednak bezpośrednio do treści polisy złożonej przez wykonawcę ELES-BUD, lecz dotyczyły przedstawienia ubezpieczycielowi przez ww. wykonawcę nieprawdziwych danych celem pozyskania polisy. Kierując się informacjami na temat wysokości przychodu osiągniętego przez wykonawcę ELES-BUD w latach poprzednich, odwołujący twierdził, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje stanowiące prognozy co do spodziewanego obrotu w roku 2020. Należy podkreślić, że zamawiający przeprowadzając badanie ofert obowiązani są do weryfikacji spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w dokumentacji postępowania. W niniejszej sprawie zamawiający ustalił, że weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej będzie się opierać o przedstawiony dokument potwierdzający posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Taki dokument został przedstawiony przez wykonawcę ELES-BUD i w odniesieniu do treści samego dokumentu odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów. Jeżeli odwołujący opiera postawione zarzuty o okoliczności spoza dokumentacji postępowania, to powinien przedstawić w tym zakresie konkretne twierdzenia, które winny zostać poparte złożonymi w toku postępowania odwoławczego dowodami. Trzeba przypomnieć, że to na odwołującym w pierwszej kolejności spoczywa ciężar dowodowy. Zaniechanie zadośćuczynienia temu obowiązkowi skutkuje oddaleniem odwołania. W niniejszej sprawie odwołujący oparł zarzuty odwołania nie tyle na konkretnych okolicznościach, lecz na swoich domysłach, a wręcz wątpliwościach. Na potwierdzenie stawianych tez nie przedstawił żadnych dowodów. Poziom ogólności postawionych zarzutów wręcz uniemożliwił rozpoznanie odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący: .....**