Sygn. akt: KIO 3221/21

WYROK

z dnia 18 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 16 listopada 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 roku przez wykonawcę Fabryka Mebli Biurowych Maro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w

Komornikach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Województwo Zachodniopomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie
przy udziale wykonawcy Furniko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koszalinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fabryka Mebli Biurowych Maro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Komornikach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fabryka Mebli Biurowych Maro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Komornikach.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3221/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Zachodniopomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa mebli dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej

dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 listopada 2021 roku wykonawca Fabryka Mebli Biurowych Maro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Komornikach (dalej: odwołujący) wniósł wobec odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.,
2. Art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. Dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego
4. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał, że złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek do wykluczenia. Zamawiający nie dokonał oceny przedłożonych dokumentów należycie oraz z poszanowaniem przepisów ustawy P.z.p., w wyniku której dokonał odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego da możliwość uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2021 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania,
2. zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2021 roku odwołujący i zamawiający oświadczyli, że wniosków w zakresie przyznania kosztów postępowania odwoławczego nie składają.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Furniko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koszalinie (przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł.

Termin składania ofert został wyznaczony na 20 września 2021 roku.

Zamawiający w dniu 06 października 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. dokument potwierdzający ubezpieczenie OC. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2021 r. odwołujący przesłał Aneks do polisy ubezpieczeniowej, zawarty na okres od dnia 07.10.2021 do 08.11.2021 r. Z treści aneksu wynika, że zmiana wprowadzona do polisy dotyczy podwyższenia sumy ubezpieczenia do kwoty 3.000.000,00 zł. Z dokumentu nie wynika, w jakim zakresie

odwołujący został ubezpieczony na wskazaną kwotę.

W dniu 13 października 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odpowiadając na wezwanie odwołujący przedłożył m.in. polisę ubezpieczeniową nr 913300003305 oraz aneks nr 2 do polisy ubezpieczeniowej. Z treści aneksu wynika, że został zawarty w dniu 18 października 2021 r., a swoim okresem obowiązywania obejmuje daty od dnia 1 września 2021 r. do 6 października 2021 r.

W dniu 20 października 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty odwołującego oraz wskazując uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia. W treści uzasadnienia odrzucenia zamawiający wskazał na następujące podstawy odrzucenia oferty odwołującego: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy P.z.p. Zamawiający poinformował również, że:

„W dniu 13 października 2021 r. Wykonawca został więc wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odpowiadając na wezwanie Wykonawca przedłożył prawidłowo podpisane dokumenty referencyjne a także polisę ubezpieczeniową nr 913300003305 oraz aneks nr 2 do polisy ubezpieczeniowej. Z treści aneksu wynika, że został zawarty w dniu 18 października 2021, a swoim okresem obowiązywania obejmuje daty od dnia 1 września 2021 r. do 6 października 2021 r. Przedstawione dokumenty nie zmieniają jednak faktu, że na dzień składania ofert, tj. dzień 20 września 2021 r. Wykonawca nie był ubezpieczony na wymaganą sumę tj. 3.000.000 zł Wsteczne potwierdzenie posiadania ubezpieczenia wiążącego ubezpieczyciela od dnia zawarcia aneksu nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełniał warunek w dniu składania ofert".

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: specyfikacji warunków zamówienia, wezwań z dnia 6 i 13 października 2021 roku, polisy ubezpieczeniowej nr 913300003305 wraz z Aneksami nr 1 i 2, informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 20 października 2021 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie wykazał materialnoprawnej przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej. W treści odwołania odwołujący podniósł, że w jego przypadku zachodzą przesłanki określone w art. 505 § 1 ustawy P.z.p. i uzasadnił je własną oceną zaistniałej sytuacji. Izba wskazuje, że ustawa P.z.p. nie ustanawia szczegółowych wymogów w zakresie wykazania przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1. Wskazane przez odwołującego okoliczności wraz z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym pozwalają na stwierdzenie, iż w przypadku odwołującego mają miejsce okoliczności uprawniające go do wniesienia odwołania.

Izba nie podziela również stanowiska zamawiającego dotyczącego materialnoprawnego braku odwołania w postaci zaniechania podniesienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p., stanowiącego jedną z podstaw odrzucenia oferty odwołującego. Izba wskazuje, że prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady da mihi factum dabo tibi ius (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Istotą sporu jest ocena, czy odwołujący w dniu składania ofert spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej lub ekonomicznej poprzez ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę

zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W myśl ust. 2, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub

zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z kolei, stosownie do art. 115 ust. 1 ustawy P.z.p., w odniesieniu do sytuacji finansowej

lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać m.in. posiadania przez wykonawcę odpowiedniego

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Stosownie do art. 124 ustawy P.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;

2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zgodnie z art. 125 ust. 1, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W myśl ust. 3, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Po myśli art. 126 ust. 1, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Stosownie zaś do art. 128 ust. 1, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie Zgodnie z ust. 2, wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Analiza wskazanych wyżej przepisów prawnych pozwala na wniosek, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu". W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek dotyczący określonej sytuacji finansowej czy ekonomicznej należy do tzw. „warunków pozytywnych" rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia - nie spełnia")."

Mając na uwadze znaczenie warunków udziału w postępowaniu, ustawodawca przyjął, że ich spełnienie przez danego wykonawcę musi mieć miejsce już w dniu wyznaczonym na składanie ofert i trwać przez cały okres postępowania. Wymóg ten dotyczy każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, co jest m.in. wyrazem zachowania zasady równego traktowania wykonawców, zawartej w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p.

Konkluzja, iż wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert wynika z analizy przepisów zawartych w ustępach 1 i 3 art. 125 ustawy P.z.p. Wykonawca składa wówczas oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, które jest jednocześnie dowodem potwierdzającym tę okoliczność.

Z ustaleń dokonanych w sprawie na podstawie wskazanych wyżej dokumentów wynika, że odwołujący w dniu wyznaczonym na składanie ofert nie spełniał warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co

najmniej 3.000.000,00 zł. Tym samym złożone przez niego wraz z ofertą oświadczenie z dnia .....w tym zakresie nie odpowiadało rzeczywistości.

Bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że odwołujący w dniu 18 października 2021 roku zawarł aneks do umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą ubezpieczeniową nr 913300003305, z którego wynika objęcie ochroną ubezpieczeniową na wymaganych warunkach w okresie od 1 września do 6 października 2021 roku. Zawarcie i przedstawienie takiego aneksu nie oznacza bowiem, że odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, lecz że ubezpieczyciel, na podstawie zawartego w dniu 18 października 2021 roku aneksu, a zatem po terminie składania ofert, objął ochroną ubezpieczeniową okres poprzedzający moment zawarcia aneksu.

Czynność ubezpieczyciela ma taki skutek, że - przy spełnieniu określonych ustawowo warunków (art. 806 § 2 K.c.) - materialny okres ubezpieczenia rozpoczyna się przed formalnym początkiem okresu ubezpieczenia, co w niniejszym przypadku oznacza, że w dniu 20 października 2021 roku formalny okres ubezpieczenia na warunkach wymaganych w s.w.z. jeszcze się nie rozpoczął, natomiast materialny został wykreowany przez dokonaną później czynność prawną. Nie jest to równoznaczne ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Argumentacja odwołującego dotycząca aktualności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie znajduje w rozpoznawanej sprawie zastosowania. Podkreślić należy, że ustawa P.z.p. w art. 126 i 128 ust. 2 wymaga od wykonawcy przedłożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia. Aktualność tę należy rozumieć jako potwierdzenie stanu faktycznego istniejącego w dniu złożenia dokumentu, nie zaś w okresie wcześniejszym.

Przyjęcie innej argumentacji w niniejszej sprawie nie może się ostać. Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą brak ten później usunąć przez swego rodzaju „konwalidację", byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 ustawy P.z.p., naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż w do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Tym samym zamawiający zasadnie ustalił, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy P.z.p., jako wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b) oraz takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....