Sygn. akt: KIO 3475/23

WYROK
z dnia 5 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **Zakład Remontowo DrogowySpółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Brójce**

przy udziale: wykonawcy **Instyle24 Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Andrespolu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Zakład Remontowo Drogowy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od odwołującego: Zakładu Remontowo Drogowego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Gminy Brójce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, 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 3475/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Brójce (zwana dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *„Remont ulicy Rządowej w Kurowicach”,* numer referencyjny: ZP.271.1.12.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 września 2023 roku, numer 2023/BZP 00396440. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Zakład Remontowo Drogowy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej „odwołującym”) w dniu 20 listopada 2023 r. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo, iż wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie poświadczył nieprawdę w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, tj. w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności ekonomicznej lub finansowej – ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na datę złożenia ofert, co narusza dobre obyczaje i zagraża interes innych przedsiębiorców oraz zamawiającego;
2)art. 226 ust.1 pkt 2 a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, bowiem wykonawca Instyle nie spełnia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert, to jest 29.09.2023 roku, a na dzień 3.11.2023 roku, ewentualnie na dzień 23.10.2023 roku, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty z uwagi na niespełnienie warunków udziału w

postępowaniu;

3)art.252 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Instyle24, mimo, że oferta ta winna być odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarzut ewentualny:

1)naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Instyle24 z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia ofert, w szczególności z uwagi na fakt, iż przedłożony aneks nie zawiera daty, a tym samym zamawiający nie ma pewności, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert, co w kontekście poprzedniego odwołania powinno wzbudzić dodatkową czujność zamawiającego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – Instyle24;

2)odrzucenia oferty Instyle24;

3)ponownego wyboru ofert bez oferty Instyle24;

4)w zakresie zarzutu ewentualnego - wezwanie do wyjaśnień w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia ofert tj. 29.09.2023 roku, w szczególności zamawiający powinien ustalić datę zawarcia przedmiotowego aneksu, wobec dysponowania przez odwołującego dowodami, iż aneks ten został zawarty dopiero 3.11.2023 roku.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje:

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie powinien wybrać oferty Instyle, gdyż nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu oraz oferta ta podlega odrzuceniu, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał w pkt VII 3 2), iż: *„na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawca zobowiązany będzie wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana na podstawie dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę, na zasadzie SPEŁNIA/NIE SPEŁNIA.”.*

Zgodnie z pkt XVI 6) SWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien złożyć dokument potwierdzający, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

Następnie odwołujący zauważył, że w dniu złożenia oferty wykonawca Instyle złożył oświadczenie z art. 125 ust.1 ustawy Pzp, podpisane dnia 28.09.2023 roku, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 10.10.2023 r. zamawiający wezwał Instyle do uzupełnienia dokumentów, w tym między innymi do potwierdzenia stosownym dokumentem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Instyle przedłożył Wniosek/Polisę serii BPP-A/P numer 0192618 InterRisk. W treści polisy zostało wskazane, że okres ubezpieczenia trwa od 24.10.2023 roku do 23.10.2024 roku. Natomiast termin złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu został ustalony w dniu 29.09.2023 roku. Pomimo to zamawiający wybrał ofertę Instyle w dniu 18.10.2023 roku.

Odwołujący dalej wyjaśnił, że zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18.10.2023 r., przy czym zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania w następstwie czego wezwał wykonawcę Instyle do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000 złotych w dacie złożenia ofert. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Instyle przedstawił dokument – Aneks nr 1 do umowy ubezpieczenia potwierdzonego polisą BPP- A/P 0167981.

Odwołujący podniósł, że aneks wskazuje, iż okres obowiązywania aneksu to od 29.09.2023 roku do końca okresu ubezpieczenia wskazanego na polisie tzn. do dnia 23.10.2023 roku. Według odwołującego istotne jest, że na przedmiotowym aneksie nigdzie nie ma daty jego zawarcia, w przeciwieństwie do obu złożonych dokumentów przez wykonawcę Instyle. Albowiem dokument polisy serii BPP-A/P numer 0167981 obowiązującej od dnia 24.10.2022 do dnia 23.10.2023 na sumę ubezpieczenia w wysokości 300 000 złotych wskazuje ewidentnie datę zawarcia, a mianowicie - 21.10.2022 roku, z kolei na polisie BPP-A/P nr 0192618 jest także data podpisania dokumentu - 13.10.2023 roku. Zdaniem odwołującego jest to o tyle istotne, iż przedmiotem pierwszego odwołania złożonego w tym samym postępowaniu był fakt niespełnienia warunków udziału w postępowaniu na datę złożenia ofert. Wykonawca przedstawił bowiem dokument z którego wynikało, że posiada ubezpieczenie od dnia 24.10.2023 roku, a zatem na dzień złożenia ofert (29.09.2023 roku) nie posiadał stosownego ubezpieczenia, tym samym nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący kwestionował brak posiadanego ubezpieczenia na dzień złożenia ofert, tj. 29.09.2023 roku.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Instyle przedkładając aneks do polisy bez daty nie potwierdził zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert, a przecież tak oświadczył w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z art.125 ust.1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien co najmniej zweryfikować, kiedy dokument został wystawiony w kontekście poprzedniego stanu faktycznego i zarzutów wobec wykonawcy Instyle, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że samodzielnie postanowił udać się do pośrednika, który wystawił polisy i aneks, a mianowicie do Madlejn Pośrednictwo Ubezpieczeniowe w Andrespolu. Pracownik odwołującego – Pan R. D. w siedzibie firmy rozmawiał z Panią M. G. w dniu 17.11.2023 roku, która pamiętała sprawę dotyczącą aneksu do polisy oraz wskazała, że aneks do polisy został wystawiony u niej dokładnie dnia 3.11.2023 roku.

Zdaniem odwołującego z tego też powodu wykonawca Instyle24 nie przedstawił aneksu z datą (przy czym nie wiadomo czy celowo została usunięta data, czy też wykonawca Instyle24 poprosił pośrednika o brak daty na dokumencie). Natomiast – co po raz kolejny podkreślił odwołujący - aneks nie zawiera żadnej daty, co jest okolicznością bezsporną.

W tych okolicznościach – według odwołującego - zamawiający powinien co najmniej dopytać wykonawcę Instyle24, dlaczego Aneks nie ma daty i sprawdzić, czy wykonawca spełniał warunki udziału na dzień złożenia ofert, w szczególności w kontekście poprzedniego stanu faktycznego i poprzedniego odwołania, w którym odwołujący zarzucał wykonawcy, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy ubezpieczeniowej na dzień złożenia ofert.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2022 roku, sygn. akt: KIO 1200/22, w którym stwierdzono, że: „warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie.”.

W ocenie odwołującego na dzień złożenia ofert wykonawca Instyle24 nie dysponował polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia 500 000 złotych, nie mógł zatem złożyć oświadczenia, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż było ono po prostu nieprawdziwe. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia 500 000 złotych wykonawca Instyle spełnił dopiero w dniu 3.11.2023 roku, a zatem w dacie zawarcia aneksu. Podkreślił też, że okoliczności o których dowiedział się pracownik Odwołującego – Pan R. D., iż aneks do polisy został wystawiony w dniu 3.11.2023 roku potwierdzają, że wykonawca Instyle na dzień złożenia ofert (29.09.2023 roku) nie dysponował ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Zdaniem odwołującego, wykonawca Instyle co najmniej dwukrotnie poświadczył nieprawdę i celowo wprowadził zamawiającego w błąd. Po pierwsze wykonawca Instyle poświadczył nieprawdę w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonym wraz z ofertą, wskazując, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej zgodne z wymaganiami zamawiającego z SWZ. Następnie, w stanowisku procesowym na rozprawie wykonawca Instyle stwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, posiada stosowny dokument, a jego pracownicy po prostu omyłkowo go nie załączyli na wezwanie zamawiającego. Co istotne w stanowisku procesowym nie wskazano ani numeru tego dokumentu, ani daty jego wystawienia. Według odwołującego dlatego, że tego dokumentu nawet w dacie przystąpienia po prostu fizycznie nie było, jeszcze nie powstał. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedstawia dokument – Aneks nr 1, który ma potwierdzać rzekome spełnianie warunku na dzień złożenia ofert. Odwołujący wywodził, że wykonawca Instyle próbował stworzyć pozorność prawdziwości swoich oświadczeń, jednakże przedstawił zamawiającemu w sposób „celowy” dokument bez daty.

Dla odwołującego działanie wykonawcy Instyle, który zjawił się u swojego pośrednika i w dacie 3.11.2023 roku podpisał aneks, który obejmuje go ubezpieczeniem wstecznym, ale nie jest on ważny od dnia złożenia ofert to jest 29.09.2023 roku potwierdza, iż oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wyjaśnił też, że o ile w pierwszym stanie faktycznym, który był przedmiotem wcześniejszego odwołania, nie miał takiej pewności, bo rzeczywiście mogło dojść do przeoczenia przez pracownika i niedostarczenia dokumentu, to teraz odwołujący zyskał pewność, iż wykonawca Instyle24 poświadczył kilkukrotnie nieprawdę w zakresie oświadczenia, co do spełniania warunków. Ponadto, wykonawca ten próbował również stworzyć pewien pozór prawdziwości jego oferty i spełniania warunków poprzez przedstawienie dokumentu, który nie ma daty, co również należy ocenić jako czyn negatywny.

Reasumując odwołujący stwierdził, że w związku z kilkukrotnym poświadczeniem nieprawdy w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego w celu uzyskania zamówienia – wykonawca powinien zostać odrzucony, gdyż jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 roku, sygn. akt: KIO 5/22, wskazując, iż nie można uznać, że jeśli zamawiający nie zastrzegł podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informację w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, że oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca, który celowo oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, a także narusza interes innego przedsiębiorcy i/lub zamawiającego. Wykonawca Instyle w sposób nieuczciwy chciał uzyskać zamówienie i w sposób nieuczciwy wyeliminować konkurencję. Działanie wykonawcy narusza interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mają utrudniony dostęp do zamówienia poprzez bowiem konkurowanie w sposób uczciwy zostają wyeliminowani z postępowania. Wykonawca Instyle24 wprowadził także w błąd zamawiającego, bowiem poprzez oświadczenie nieprawdy zamawiający uznał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Naruszało i narusza to także interes zamawiającego poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez wykonawcę poświadczającego nieprawdę. Odwołujący powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 3283/23.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że ofertę wykonawcy Instyle24 należy odrzucić na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, oferta wykonawcy Instyle24 winna być odrzucona także na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2a) ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 24 listopada 2023 r. wykonawca - Instyle24 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Andrespolu (zwany dalej: „Instyle24" lub „przystępującym"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w art. 525 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 listopada 2023 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz rozprawy – w dniu 4 grudnia 2023 roku - strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest remont drogi gminnej nr 106957E ul. Rządowej w miejscowości Kurowice, dz. nr ew. 172, obręb 06 Kurowice, gmina Brójce.

W Sekcji V punkt 5.4) podpunkt 2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VII Specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako: „SWZ") w punkcie 3 zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób następujący:
„Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca zobowiązany będzie wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł.".

W punkcie 5.7) podpunkt 6) ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio w Rozdziale XVI w punkcie 1 podpunkt 6) SWZ zamawiający wskazał podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, tj.:
„6) dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł.".

Wykonawca Instyle24 wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do SWZ), datowane na dzień 28 września 2023 roku.

Pismem z dnia 10.10.2023 roku zamawiający – na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp - wezwał wykonawcę Instyle24 do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Instyle24 złożył Polisę serii BPP-A/P numer 0192618 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 500 000 zł na okres od dnia 24.10.2023r. do dnia 23.10.2023r.

Pismem dnia 18.10.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Instyle24.

Obecny odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższej czynności (sygn. akt: KIO 3167/23). Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, w pozostałym zakresie odwołujący wycofał pozostałe zarzuty odwołania. Postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie zostało umorzone.

Wobec powyższego zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18.10.2023 roku oraz dokonał ponownego badania ofert, w ramach którego – pismem z dnia 8.11.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp - wezwał wykonawcę Instyle24 do złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł, ważnym przez cały okres postępowania zaczynając od dnia złożenia oferty, tj. od dnia 29.09.2023 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Instyle24 przedstawił następujące dokumenty:
1) ponownie Polisę serii BPP-A/P numer 0192618 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 500 000 zł na okres od dnia 24.10.2023r. do dnia 23.10.2023r.
2) Polisę serii BPP-A/P numer 0167981potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 300 000 zł na okres od dnia 24.10.2022r. do dnia 23.10.2023r. – data wystawienia polisy 13.10.2023r.
3) Aneks nr 1 do umowy ubezpieczenia potwierdzonego polisą BPP-A/P 0167981zwiększającą sumę gwarancyjną na 500 000 zł. Jednocześnie w dokumencie tym wskazano okres obowiązywania aneksu od dnia 29.09.2023 r. do końca okresu ochrony ubezpieczenia wskazanego na polisie tzn. do dnia 23.10.2023 r. Na dokumencie brak daty jego wystawienia.

Zamawiający pismem z dnia 14.11.2023 roku poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty wykonawcy Instyle24 jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższej czynności, które jest rozpoznawane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.
Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie, albowiem zarzuty podnoszone przez odwołującego nie potwierdziły się w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Instyle24 jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy Instyle24 do wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie zaś do art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów postawionych przez zamawiającego, stwierdzić należy, że Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że przedłożone przez wykonawcę Instyle24 na wezwanie zamawiającego z dnia 8 listopada 2023 roku dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej

związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000 zł.

Okoliczność ta wynika bezpośrednio z dokumentów polis ubezpieczeniowych oraz Aneksu nr 1 do Polisy o numerze BPP-A/P 0167981. Treść Aneksu nr 1 potwierdza, że w spornym okresie, tj. od dnia 29.09.2023 r. (czyli od daty, w której upływał termin składania ofert) do dnia 23.10.2023 r. (tj. gdy kończył się okres ochrony ubezpieczenia wynikający z tej Polisy) wykonawca był objęty ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 500.000 zł. Innymi słowy przedłożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzają bezpośrednio spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieprzerwany od daty składania ofert.

Izba nie podzieliła twierdzeń i wątpliwości odwołującego w zakresie dokumentu Aneksu nr 1 do umowy ubezpieczenia potwierdzonego Polisą BPP-A/P0167981, w szczególności odnoszących się do daty jego zawarcia. W istocie na dokumencie Aneks nr 1 do Polisy 0167981 nie ma daty jego wystawienia, ale nie czyni to tego dokumentu nieważnym, czy nieskutecznym. Z drugiej strony skoro dokument ten potwierdza objęcie ochroną ubezpieczeniową w okresie od 29.09.2023 r. do dnia 23.10.2023 r. na wymaganą sumę gwarancyjną, to nie ma jakichkolwiek podstaw do tego, żeby zamawiający przeprowadzał jakiekolwiek postępowanie wyjaśniające w tym zakresie.

Brak też dowodu potwierdzającego tezy odwołującego, że w okresie od 29.09.2023r. do dnia 23.10.2023 r. wykonawca Instyle24 nie był objęty ochroną ubezpieczeniową na wymaganą sumę gwarancyjną 500.000 zł.

Odwołujący w tym zakresie wnosił o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – Pana R. D. (pracownika odwołującego) na okoliczności powołane w odwołaniu, tj. na okoliczność przeprowadzenia rozmowy z Panią M. G., z której wynika, że aneks do polisy został wystawiony 3.11.2023 r., co potwierdza wsteczne objęcie polisą i niespełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka R. D., w szczególności mając na uwadze przepisy art. 35 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz. 1844, ze zm.). Zgodnie z art. 35 ust. 1 ww. ustawy zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione, a także osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia. Z kolei przepis art. 35 ust. 2 ww. ustawy określa wyjątki, od zasady wyrażonej w ust. 2, i stanowi, że obowiązek zachowania tajemnicy nie dotyczy informacji udzielonych na wniosek wymienionych w tym ustępie podmiotów. Z całą pewnością wyjątki te nie obejmują innego z wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu przetargowym, a zatem informacje takie nie powinny być w żadnym przypadku ujawnione osobie, która przedstawia się jako pracownik jednego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zainteresowanego weryfikacją prawidłowości wystawienia dokumentu polisy czy aneksu do niej dla innego wykonawcy. Abstrahując już od informacji, które zostały przekazane w toku rozprawy (przez zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego), a mianowicie, iż osoba, którą odwołujący chciał powołać na świadka – Pan R. D. pozyskał te informacje podając się za inną osobę, tj. pracownika zamawiającego. Na marginesie należy wskazać, że również wątpliwe wydaje się udzielenie takich informacji przez właściciela czy pracownika agencji ubezpieczeniowej osobie, która podaje się za pracownika zamawiającego.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2018 roku, sygn. akt: I OSK 2376/16 w którym stwierdzono, iż: *„Tymczasem tajemnica ubezpieczeniowa, o której mowa w art. 35 ust. 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie jest elementem umownym. Jak słusznie wskazuje się w odpowiedzi na skargę kasacyjną, jest ona instytucją prawa publicznego wprowadzoną do systemu prawnego w celu prawnej ochrony słusznych interesów ubezpieczających, którzy mogą i powinni oczekiwać od zakładów ubezpieczeń i osób w nich zatrudnionych zachowania w tajemnicy wszelkich informacji dotyczących ich sytuacji majątkowej i osobistej oraz wszelkich innych informacji dotyczących treści umowy ubezpieczenia. Jest to obowiązek nałożony przez ustawodawcę na każdy zakład ubezpieczeń, naruszenie którego niesie za sobą sankcje administracyjnoprawne, karne oraz cywilne. Ponadto tajemnica ubezpieczeniowa podobnie jak inne tajemnice przewidziane w przepisach prawa zabezpiecza chronione prawem wartości, w tym przypadku prawo do prywatności ubezpieczających, czy prawo ubezpieczającego przedsiębiorcy do zachowania w poufności jego danych handlowych. Przy czym fakt, że dane te mogą też być objęte tajemnicą przedsiębiorcy nie zwalnia zakładu ubezpieczeń z obowiązku ich chronienia tajemnicą ubezpieczeniową.”.*

Powyższy wyrok NSA wskazuje na wagę obowiązku ochrony tajemnicy ubezpieczeniowej, jaki został nałożony przez ustawodawcę na każdy zakład ubezpieczeń.

Oczywistym jest przy tym, że obowiązek wynikający z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczy osób, które pozyskały takie informacje, jednak w obliczu powołanych powyżej przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej i

reasekuracyjnej wątpliwym wydaje się, żeby pracownik czy właściciel zakładu ubezpieczeń udzielił informacji dotyczących konkretnej umowy ubezpieczeniowej. Nawet jeśli, to okoliczności o których mowa powyżej, wskazują, że mogło dojść do naruszenia tajemnicy ubezpieczeniowej w sposób nieuprawniony (i to niezależnie czy Pan R. D. przedstawił się z imienia i nazwiska, czy też podawał się za osobę, którą nie jest). Albowiem jak wynika z powołanych powyżej przepisów zakład ubezpieczeniowy i osoby w nim zatrudnione, a także osoby, za pomocą których zakład dokonuje czynności ubezpieczeniowej są zobowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia.

W konsekwencji Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu, który mógł zostać pozyskany niezgodnie z przepisami prawa.

Dodatkowo powstaje pytanie, że skoro pracownik odwołującego rzekomo pozyskał określone informacje od Pani M. G., to dlaczego nie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań Pani M. G. albo nie przedstawił jej wyjaśnień na piśmie.

Wobec oddalenia przez Izbę wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, odwołujący ustanowił Pana R. D. pełnomocnikiem, który przedstawił informacje jakie rzekomo pozyskał w trakcie rozmowy z Panią M. G. jako wyjaśnienia strony odwołującej się.

Wyjaśnienia pełnomocnika strony odwołującej się w tym zakresie – Pana R. D. - który twierdził, iż bezpośrednio od pracownika czy właściciela agencji ubezpieczeniowej powziął informacje, iż aneks, o którym mowa powyżej, w istocie został zawarty w dniu 3.11.2023 r. budzą duże wątpliwości i zastrzeżenia.

Po pierwsze, z powodów które już zostały wskazane powyżej, tj. z uwagi na ustawowo chronioną tajemnicę ubezpieczeniową.

Po drugie, pełnomocnik odwołującego twierdził, że osobiście (jako pracownik odwołującego) przeprowadził rozmowę z Panią M. G. i z informacji od niej uzyskanych sformułował wnioski w zakresie daty sporządzenia i podpisania Aneksu nr 1 do Polisy o numerze BPP-A/P 0167981, gdy tymczasem istnieją wątpliwości kto w imieniu ubezpieczyciela zawierał ten aneks (brak na nim czytelnego podpisu, są tylko inicjały). Odwołujący nie twierdził nawet, że ta sama osoba co udzieliła informacji, była odpowiedzialna za podpisanie aneksu. Odwołujący dopiero w toku rozprawy zweryfikował informacje dotyczące statusu Pani M. G. i wskazał, że jest ona właścicielem agencji, w której zostały zawarte obie polisy i aneks. Co więcej, jak wywodzili i zamawiający, i uczestnik postępowania odwoławczego – wykonawca Instyle24 - Pani M. G. nie zawierała umów ubezpieczenia i aneksu w imieniu, lecz była to inna osoba – Pani K. G., która zawierała obie polisy ubezpieczenia. A skoro inna osoba podpisała aneks, to skąd pewność, że Pani M. G., nawet jako właściciel, znała dokładne okoliczności zawarcia przedmiotowego aneksu. Odwołujący twierdził, że Pani M. G. pamiętała dokładnie tą sprawę, bo musiała uzyskać odpowiednie zgody, ale to też nie znajduje żadnego potwierdzenia, skoro prawdopodobnie inna osoba podpisała aneks (o czym mają świadczyć inicjały: „KG").

Ponadto, twierdzenia i wnioski jakie odwołujący formułował w związku z terminem płatności składki widniejącym na dokumencie Aneksu nr 1 do Polisy o numerze BPP-A/P 0167981 - a mianowicie iż termin ten jest tożsamy z terminem zawarcia aneksu – nie są niczym potwierdzone. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że istnieje jakaś jedna określona zasada czy zasady płatności składek z tytułu zawartych umów ubezpieczenia czy aneksów do nich.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Instyle24, który złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – gdyż nie zostało wykazane, że wykonawca ten poświadczył nieprawdziwe informacje w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postepowaniu.

Nie został też naruszony art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp (przy czym odwołujący omyłkowo powoływał się na lit. a), która odnosi się do odrzucenia oferty wykonawcy podlega wykluczeniu z postępowania, a nie niespełniającego warunków udziału w postępowaniu), gdyż odwołujący nie wykazał, że wykonawca Instyle24 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W konsekwencji nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 252 ustawy Pzp.

Także zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż brak daty na dokumencie nie powoduje, że zamawiający ma jakiekolwiek dodatkowe obowiązki w zakresie dalszego procedowania postępowania wyjaśniającego, skoro treść dokumentu nie budzi wątpliwości.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w

sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego.

Przewodnicząca: ……