Sygn. akt KIO 2920/23

WYROK

z dnia 19 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka-Baran

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2023 r. przez wykonawcę **PB BAUMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Murów**

przy udziale wykonawcy **BERBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kup,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2920/23

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

Gmina Murów, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest *Utworzenie Centrum Usług Publicznych poprzez budowę budynku biurowego Urzędu Gminy w Murowie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00362559.

W dniu 3 października 2023 r. wykonawca PB BAUMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania polegającego na odrzuceniu oferty BERBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kup, dalej „BERBUD", w sytuacji w której wykonawca ternie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i który w wyznaczonym terminie nie złożył podmiotowego środka dowodowego — polisy ubezpieczeniowej — potwierdzającej posiadanie polisy na dzień złożenia oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

2. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BERBUD z postępowania, który podlegał wykluczeniu albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w ten sposób, że w załączniku nr 2 do formularza oferty spółka zawarła oświadczenie o treści „Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w SWZ", a następnie nie była w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, że na dzień złożenia oferty posiadała

polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł,

3.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BERBUD z postępowania, który podlegał wykluczeniu, albowiem oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w ten sposób, że po przedłożeniu polisy OC z dnia 18.09.2023 r., BERBUD został wezwany w trybie art 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia polisy ważnej na dzień złożenia oferty, wobec czego powziął działania celem uzyskania polisy z datą 10.09.2023 r. i obowiązywaniem od 11.09.2023 r., przez co uzyskał polisę o tym samym numerze co polisa z dnia 18.09.2023 r. jednak z inną datą jej zawarcia i okresem ubezpieczenia, a polisa ta pojawiła się w systemie ubezpieczyciela dopiero w dniu 22.09.2023 r. zastępując dokument z dnia 18.09.2023 r.,

4.art. 239 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty BERBUD, podczas gdy BERBUD nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i nie przedstawił podmiotowego środka dowodowego niebudzącego wątpliwości, potwierdzającego, że na dzień złożenia formularza ofertowego i oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, BERBUD posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł,

5. art. 128 ust. 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ubezpieczyciela TUiR Allianz Polska S.A. z siedzibą w Warszawie do przedstawienia informacji i dokumentów dotyczących zawarcia przez BERBUD polisy ubezpieczenia nr 650-23-430-05963331 potwierdzającej posiadanie przez BERBUD ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł, w szczególności daty zawarcia polisy, daty wprowadzenia do systemu polisy z dnia 18.09.2023 r., daty anulowania polisy z dnia 18.09.2023 r., daty wprowadzenia do sytemu polisy datowanej na dzień 10.09.2023 r., okoliczności które doprowadziły do istnienia w dniu 18.09.2023 r. dwóch polis OC o tym samym numerze, na tożsamą kwotę ubezpieczenia, z innym okresem ubezpieczenia oraz sygnowane inną datą zawarcia polisy, które to zaniechanie doprowadziło do zachwiania równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, a przyjęte przez Zamawiającego dokumenty nasuwają przypuszczenie, że postępowanie zostało przeprowadzone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty BERBUD, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z warunkami zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca BERBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kup, dalej również „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 października 2023 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z nagrania. Izba uznała, że ww. wniosek dowodowy został powołany jedynie dla zwłoki i nie jest niezbędny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego (wniosek o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do TUiR Allianz S.A. o informacje i dokumenty dotyczące polisy OC Przystępującego), uznając, że został złożony jedynie dla zwłoki, a zgromadzony materiał dowodowy pozwala na podjęcie rozstrzygnięcia.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest utworzenie Centrum Usług Publicznych poprzez budowę budynku biurowego Urzędu Gminy w Murowie zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych.

Pierwotnie termin składania ofert został wyznaczony na 11 września 2023 r. godz. 14.40. Następnie Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 12 września 2023 godz. 12.00.

Zgodnie z Rozdziałem XX specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ" Zamawiający uzna warunek za spełniony w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeśli wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł (słownie: osiem milionów złotych 00/100).

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 274 ust.1 ustawy Pzp, aktualnych na dzień złożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł (słownie: osiem milionów złotych 00/100 złotych).

Izba ustaliła, że Zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 13 września 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dokumentu w postaci opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł.

W odpowiedzi Przystępujący przedłożył Zamawiającemu dokument polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o nr 650-23-430-05963331 potwierdzającą, że od dnia 18 września 2023 r. spółka jest objęta polisą OC na kwotę 8.000.000,00 zł.

W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 września 2023 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu stanowisko w sprawie, domagając się unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, podnosząc, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie posiadał ważnej polisy OC na kwotę 8.000.000 zł na dzień złożenia oferty, tj. 12 września 2023 r., przez co nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, gdyż ubezpieczenie wykonawcy jest ważne dopiero od dnia 18 września 2023 r., a ponadto wykonawca zawarł w załączniku nr 2 do formularza oferty niezgodne ze stanem faktycznym oświadczenie, że na dzień składania oferty spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Dalej, pismem z dnia 25 września 2023 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia opłaconej polisy OC potwierdzającej, że na dzień składania ofert, tj. 12 września 2023 r., był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł.

W dniu 28 września 2023 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o nr 650-23-43005963331 zawartą 10 września 2023 r. z okresem ubezpieczenia od 11 września 2023 r. Wraz z dokumentem polisy wykonawca przedłożył oświadczenie Biura Ubezpieczeń z dnia 25 września 2023 r. wskazujące, że dokument z dnia 18 września 2023 r. jest nieprawidłowy i jedynym wiążącym dokumentem jest dokument przedstawiony Zamawiającemu w dniu 28 września 2023 r. Ponadto, oświadczenie Biura Ubezpieczeń zawierało informację, że w systemie TUiR Allianz S.A. figuruje jedynie polisa z okresem obowiązywania od 11 września 2023 r.

W dniu 28 września 2023 r. Zamawiający ponownie dokonał czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu

czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że polisa OC Przystępującego o nr 650-23-430-05963331, uzupełniona na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł, nie istniała w dniu 10 września 2023 r. W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, bowiem w wyznaczonym terminie nie złożył podmiotowego środka dowodowego — polisy ubezpieczeniowej — potwierdzającej posiadanie polisy na dzień złożenia oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że podnoszony zarzut nie mógł zostać uwzględniony w szczególności z powodu niewykazania jego zasadności. Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedłożył dowodu, z którego można by było wywieść, że Przystępujący postawionego warunku udziału nie spełnia, opierając się jedynie na gołosłownych oświadczeniach. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja stanowi, zdaniem Izby, polemikę z dokumentami składanymi przez Przystępującego i uznanymi za prawidłowe przez Zamawiającego.

Odnosząc się w tym zakresie do ciężaru dowodowego Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, ze wykonawca winien wykazać Zamawiającemu, że postawione warunki udziału w postepowaniu spełnia. Jednakże w sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostaną uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę w myśl art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 534 i art. 535 ustawy Pzp oraz art. 6 KC przechodzi ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17, jednoznacznie stwierdził, iż *Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne*. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - w tym wypadku niewątpliwie jest to Odwołujący.

Izba uznała, że wyłączne oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strona winna bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 KC, w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Nadto wskazać należy, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Należy zauważyć, że polisa OC Przystępującego o nr 650-23-43005963331, z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł, wystawiona została 10 września 2023 r. – na polisie widnieje „Warszawa, dnia 10 września 2023 r.".

Równocześnie, okoliczność, że 22 września 2023 r. TUiR Allianz S.A.odnotował w swoim systemie teleinformatycznym wystawienie lub operację na polisie OC Przystępującego pozostaje bez znaczenia, bowiem to polisa OC służy ustaleniu warunków ochrony ubezpieczeniowej, a nie zapis w systemie teleinformatycznym TUiR Allianz S.A. To właśnie polisa OC jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia OC.

Ponadto, polisa OC Przystępującego zawiera unikalny, konkretny numer - 650-23-43005963331. Została wydana przez ubezpieczyciela - TUiR Allianz S.A. – podmiot dopuszczony do funkcjonowania na rynku ubezpieczeniowym, regulowanym i nadzorowanym, a nie przez pośrednika.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że gdyby polisa OC o nr 650-23-430-05963331, z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł, nie

istniała 10 września 2023 r., jak twierdzi Odwołujący, to TUiR Allianz S.A. zaproponowałby Przystępującemu co najwyżej aneks z bieżącą datą (np. 22 września 2023 r.) do polisy wystawionej 18 września 2023 r., który cofałby okres ochrony ubezpieczeniowej z 18 września 2023 r. do 10 września 2023 r. Tak się nie stało.

Dodatkowo, do ww. polisy OC zostało przedłożone oświadczenie p. Marka Kucharskiego, który po pierwsze oświadczył, że jestem agentem ubezpieczeniowym, posiadającym umocowanie do zawierania umów ubezpieczenia OC działalności gospodarczej w imieniu TUiR Allianz S.A. Po drugie, oświadczył, że w imieniu TUiR Allianz S.A. zawarł z Przystępującym umowę ubezpieczenia OC z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł, potwierdzoną polisą ubezpieczenia OC nr 650-23-430-05963331 z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. i zapewnił, że powyższa polisa OC jest jedynym prawidłowym i wiążącym dokumentem. Po trzecie, oświadczył, że polisa ubezpieczenia OC Przystępującego nr 650-23-430-05963331 z okresem od dnia 18 września 2023 r. do dnia 17 września 2024 r. jest nieprawidłowa oraz nie jest dokumentem wiążącym (została anulowana), a w systemie TUiR Allianz S.A. figuruje jedynie polisa ubezpieczenia OC nr 650-23-430-05963331 z okresem obowiązywania od dnia 11 września 2023 r. do dnia 10 września 2024 r. na sumę gwarancyjną 8.000.000,00 zł.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu; dlatego też zarzut podlegał oddaleniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BERBUD z postępowania, który podlegał wykluczeniu albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w ten sposób, że w załączniku nr 2 do formularza oferty spółka zawarła oświadczenie o treści „Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w SWZ", a następnie nie była w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, że na dzień złożenia oferty posiadała polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Należy wskazać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może". Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1 oraz 4 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w Rozdziale XIX. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz

szczególne instrumenty i procedury. Stosownie do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) w ogłoszeniu o zamówieniu należy zawrzeć fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt I Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, postępowania o zawarcie umowy ramowej ppkt 6 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców tiret 2 informacja o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy – jeżeli zamawiający je przewiduje).

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Przestępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanego przez Odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił również, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BERBUD z postępowania, który podlegał wykluczeniu, albowiem oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w ten sposób, że po przedłożeniu polisy OC z dnia 18.09.2023 r., BERBUD został wezwany w trybie art 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia polisy ważnej na dzień złożenia oferty, wobec czego powziął działania celem uzyskania polisy z datą 10.09.2023 r. i obowiązywaniem od 11.09.2023 r., przez co uzyskał polisę o tym samym numerze co polisa z dnia 18.09.2023 r. jednak z inną datą jej zawarcia i okresem ubezpieczenia, a polisa ta pojawiła się w systemie ubezpieczyciela dopiero w dniu 22.09.2023 r. zastępując dokument z dnia 18.09.2023 r.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 14 ust. 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Jak stanowi art. 14 ust. 2 ww. ustawy wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

W ocenie Izby nie zaszła żadna z wyżej określonych okoliczności, zaś Odwołujący nie wykazał twierdzeń przeciwnych. Na podstawie wywodu znajdującego się we wcześniejszej części uzasadnienia Izba uznała, że ww. zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia, zatem - w konsekwencji powyższego - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp także należy oddalić.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ubezpieczyciela TUiR Allianz Polska S.A. z siedzibą w Warszawie do przedstawienia informacji i dokumentów dotyczących zawarcia przez BERBUD polisy ubezpieczenia nr 650-23-430-05963331 potwierdzającej posiadanie przez BERBUD ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł, Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Po pierwsze należy wskazać, że na etapie dokonywania badania i oceny ofert Zamawiający dysponował oświadczeniami i dokumentami Przystępującego, które były wymagane zgodnie z treścią SWZ, a wątpliwości w zakresie daty obowiązywania polisy ubezpieczeniowej zostały rozwiane w wyniku wystosowanego do wykonawcy wezwania. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że nowe dowody w tej sprawie, przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, winny w pierwszej kolejności podlegać ocenie Zamawiającego, należy wskazać, że Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska odnośnie czynności badania i oceny oferty Przystępującego przez cały czas trwania postępowania odwoławczego.

Wprawdzie Zamawiający nie stawił się na rozprawę w dniu 17 października 2023 r., jednakże zmienione stanowisko w sprawie, po zapoznaniu się z nowymi dowodami przedstawionymi przez Odwołującego, mógł przesłać drogą elektroniczną do czasu zamknięcia rozprawy. Skoro Zamawiający podtrzymywał ww. czynność podjętą w toku postępowania, to ta czynność była przedmiotem oceny przez Izbę. Zamawiający może skorzystać z prawa określonego w art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli złożone oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, podmiotowe środki

dowodowe lub inne oświadczenia lub dokumenty budzą jego wątpliwości. Norma ww. przepisu zakłada uprawnienie zamawiającego, a nie obowiązek, zaś w niniejszym postępowaniu odwoławczym Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wprost wskazał, że nie miał żadnych podstaw, aby podważać dokument polisy ubezpieczeniowej, bądź choćby badać jego wiarygodność. W tej sytuacji nakazywanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert Izba uznała za niecelowe i prowadzące do niepotrzebnego przedłużenia postępowania. Ocena dokonana przez Izbę – w zakresie przedłożonej polisy – została przedstawiona powyżej.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:……..