Sygn. akt: KIO 1935/23

WYROK
z dnia 20 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2023 r. przez wykonawcę **FINTECH spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FINTECH spółka akcyjna w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FINTECH spółka akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **FINTECH spółka akcyjna w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 1935/23

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

I. Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie(dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa oprogramowania do przechowywania kopii zapasowej pamięci dyskowej w chmurze kryptograficznej wraz z konfiguracją, wdrożeniem oraz opieką techniczną (znak sprawy ZP A M/13/ 2023).

W dniu 4 czerwca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę FINTECH spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędnego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowanie w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej oraz błędnego uznania, że złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mimo iż z dokumentów tych wynika wprost, że Odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej w terminie składania ofert,

2) art. 255 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych - poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż oferta Odwołującego złożona w postępowaniu nie podlegała odrzuceniu

- co powoduje, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób sprzeczny z zasadami zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3)przeprowadzenia ponownej czynności badania o oceny oferty,

4)dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

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 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy, i na tej podstawie dokonała ustaleń faktycznych, koniecznych do rozstrzygnięcia zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W rozdziale. XIV pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), Zamawiający żądał od wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej poprzez wykazanie, że wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 400.000,00 zł.

W dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 274 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych – sześciu wymienionych w wezwaniu dokumentów, w tym dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału XIV pkt 2 SWZ.

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie 5 dokumentów, z pominięciem dokumentu, mającego potwierdzić, że posiada wymagane ubezpieczenie.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 12 czerwca 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 400.000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący złożył polisę ubezpieczeniową nr 630-23-430-05962341 wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A., w której okres ubezpieczenia został wskazany jako „13.06.2023 - 12.06.2024." Pod tak wskazanym okresem obowiązywania ochrony ubezpieczeniowej, dodano, że >>W odniesieniu do realizacji kontraktu „Dostawa oprogramowania do przechowywania kopii zapasowej pamięci dyskowej w chmurze kryptograficznej wraz z konfiguracją, wdrożeniem oraz opieką techniczną" Nr postępowania ZP/AM/13/2023 Okres ubezpieczenia rozpoczyna się od 31.05.2023 r. <<.

Następnie Zamawiający, pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, czy na dzień upływu terminu składania ofert (2 czerwca 2023 r.) Odwołujący miał zawartą umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, spełniającą wymóg wskazany w rozdziale XIV SWZ. Zamawiający zauważył, że z przedłożonej polisy wynika, że została wystawiona w dniu 13 czerwca 2023 r. i obowiązuje w okresie, który zaczyna się właśnie tą datą (tj. 13 czerwca 2023 r.). Adnotacja pod okresem obowiązywania polisy nie potwierdza, że Odwołujący miał zawartą umowę ubezpieczenia na dzień składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 16 czerwca 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, że >>dzień otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa oprogramowania do przechowywania kopii zapasowej pamięci dyskowej w chmurze kryptograficznej wraz z konfiguracją, wdrożeniem oraz opieką techniczną". Nr postępowania ZP/AM/13/2023 tj. 2 czerwca 2023 r. jest objęty okresem ubezpieczenia posiadanego przez FINTECH SA - polisa nr 630-23-430-05962341.<<

W dniu 29 czerwca 2023 r. Zamawiający odrzucił oferty złożone przez obu wykonawców (w postępowaniu złożono dwie oferty) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Odnośnie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że „Z dokumentów złożonych w postępowaniu jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Dopiero następczo, w związku z wezwaniem Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w dniu 13.06.2023 r. Wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia, która wprawdzie obejmuje okresem ubezpieczenia dzień otwarcia ofert, ale nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.".

Odwołujący nie zgodził się z powyższą czynnością Zamawiającego i w odwołaniu kwestionował jej prawidłowość. Odwołujący argumentował w odwołaniu, że „wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się w dwóch etapach. Pierwszym z nich jest złożenie wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków

udziału w postępowaniu odpowiednio na dzień składania wniosków albo ofert i tymczasowo zastępuje wymagane w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe. Następnie zaś wykonawcy przedstawiają podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. **Z uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy nie wynika, że** Zamawiający kwestionuje prawdziwość (tj. zgodność ze stanem faktycznym) wstępnego oświadczenia Odwołującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu**, a jedynie zarzuca, że złożone podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.** Jednocześnie Zamawiający nie kwestionuje prawidłowości i aktualności przedłożonych dokumentów na dzień ich złożenia, tj. na dzień określony cytowanymi poniżej przepisami. Stosownie do przepisu art. 274 ustawy Pzp „Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.". Zgodnie natomiast z przepisem §8 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy może żądań dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.
Odwołujący podkreśla, że pojęcia aktualności dokumentów nie należy kojarzyć z datą wystawienia dokumentów. Zamawiający otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacje zgodne z istniejącym stanem faktycznym. (…) W przypadku umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawienie dokumentu polisy nie stanowi momentu, w którym umowa jest zawarta, ale jedynie potwierdzenie zawarcia takiej umowy, zgodnie z przepisem art. 809 §1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „Ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia."".

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wnosił o jego oddalenie. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie argumentował, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunku dotyczący zdolności finansowej i zdaniem Zamawiającego, Odwołujący tego nie potwierdził. Odwołujący powinien posiadać zdolność finansową od otwarcia ofert i w tym zakresie Zamawiający, zgodnie z protokołem, oświadczył, że „zadał jedno proste pytanie w piśmie z 15 czerwca, na które Odwołujący udzielił odpowiedzi wymijającej albo nawet można uznać, że nie udzielił jej wcale. Stanowisko Odwołującego na rozprawie potwierdza, że ubezpieczenie na dzień 31 maja obejmowało tylko zakres kontraktu. Zamawiający potwierdza, że ubezpieczyciel różnie ocenia ryzyka i tu zatem musiał uznać, że ryzyko objęcia okresem ubezpieczenia od 31 maja jest niewielkie, tylko dla kontraktu, a nie dla całej działalności gospodarczej w zakresie OC. Zamawiający domniemuje, że wykonawca takiego ubezpieczenia nie miał, a starania o uzyskanie polisy podjął dopiero po wezwaniu, podobnie jak drugi wykonawca. Zamawiający porównuje zdolność finansową do posiadanego doświadczenia i wskazuje, że analogiczna sytuacja mogłaby być w przypadku, gdyby wykonawca na dzień otwarcia ofert doświadczenia nie posiadał, ale zdobył je w trakcie prowadzonego postępowania już po otwarciu ofert. Być może w okresie pomiędzy 31 maja, a 13 czerwca sytuacja finansowa Odwołującego na tyle się poprawiła, że ubezpieczyciel zdecydował się zawrzeć umowę ubezpieczenia, natomiast Odwołujący nie wykazał, że wcześniej był objęty taka polisą i posiadał zdolność do zawarcia takiej umowy."

Na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, czy jest niesporne, że polisa powinna obejmować okres od otwarcia ofert, strony odpowiedziały twierdząco.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który m.in. nie przedłożył w odpowiednim terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, na podstawie opisanych wyżej ustaleń faktycznych trzeba uznać, że Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Odwołujący mianowicie nie przedłożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokumentu potwierdzającego, że na dzień otwarcia ofert (tj. 2 czerwca 2023 r.) wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 400.000,00 zł. Przedłożona polisa obejmowała okres ubezpieczenia od dnia 13 czerwca 2023 r., a więc rozpoczynała się po dacie otwarcia ofert (okoliczność, że powinna zaczynać się w tej właśnie dacie, nie była sporna, co odnotowano w protokole). Nie ma w ocenie Izby znaczenia, że Zamawiający nie zakwestionował prawdziwości

oświadczenia Odwołującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Odwołujący powoływał się na tą okoliczność, argumentując, że przez nią stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne). Zamawiający nie musiał, zdaniem składu orzekającego, zajmować się analizą prawdziwości oświadczenia Odwołującego, skoro już samo ustalenie, że z treści polisy nie wynika, że obejmuje ona okres ubezpieczenia od daty otwarcia ofert, prowadzi do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający miał rację, że wzmianka w treści polisy, że „>>W odniesieniu do realizacji kontraktu „Dostawa oprogramowania do przechowywania kopii zapasowej pamięci dyskowej w chmurze kryptograficznej wraz z konfiguracją, wdrożeniem oraz opieką techniczną" Nr postępowania ZP/AM/13/2023 Okres ubezpieczenia rozpoczyna się od 31.05.2023 r.<< nie prowadzi do rozciągnięcia obowiązywania umowy ubezpieczenia w całym jej zakresie rzeczowym (w zakresie odpowiedzialności cywilnej ubezpieczonego wykonawcy) na okres poprzedzający jej wystawienie. W okresie przed wystawieniem polisy ochrona miałaby obowiązywać jedynie w odniesieniu do skonkretyzowanej umowy – „realizacji kontraktu", który jest przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Już samo to odniesienie – do kontraktu, który może zostać zawarty dopiero po (efektywnym, tj. zakończonym wyborem oferty najkorzystniejszej) przeprowadzeniu postępowania – powoduje, że zakres obowiązywania umowy ubezpieczeniowej przed wystawieniem polisy jest iluzoryczny. Nie można, jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, akceptować polisy, która jedynie fragmentarycznie (w odniesieniu do konkretnej umowy) i zupełnie hipotetycznie (umowa nie była zawarta), mogłaby obejmować ochroną ubezpieczeniową zdarzenia powstałe przed jej wydaniem. Zatem Odwołujący nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej – nie przedłożył dokumentu podmiotowego na potwierdzenie tego faktu, bowiem polisa z dnia 13 czerwca 2023 r. nie obejmowała wymaganego zakresu ubezpieczenia „odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 400.000,00 zł.", obowiązującego od daty otwarcia ofert. Na powyższą ocenę nie może wpłynąć okoliczność, że wartość polisy była znacznie wyższa, niż wartość określona przez Zamawiający jako kwota minimum, ponieważ nie odpowiadała wymogowi Zamawiającego w zakresie rzeczowym, czyli co do zakresu ochrony ubezpieczeniowej od dnia otwarcia ofert.

W konsekwencji Zamawiający, w ocenie Izby, prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt b i c Prawa zamówień publicznych, i również prawidłowo unieważnił postępowanie na podstawie art. art. 255 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu – drugi wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie złożył odwołania). Nie doszło zatem do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, skarżonych odwołaniem, w tym do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, opisanej w art. 16 Prawa zamówień publicznych.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych 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: ……..……