

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej – Zespół Zakładów w Makowie Mazowieckim, przy udziale wykonawcy McArt sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu numerem 2 z uwagi na jego cofnięcie,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu numerem 3 z uwagi na jego uwzględnienie,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej – Zespół Zakładów w Makowie Mazowieckim (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Informatyzacja SPZOZ-ZZ w Makowie Mazowieckim”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 123-248972.

10 listopada 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawcy McArt sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Wykonawca M”).

20 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Asseco Data

Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie wykluczenia, ewentualnie odrzucenia oferty Wykonawcy M;
2. zaniechanie wezwania Wykonawcy M, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia brakujących dokumentów w ofercie;
3. prowadzenie Postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia (po uprzednim wezwaniu) Wykonawcy M z Postępowania, mimo że ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 z zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez brak uznania, że Wykonawca M faktycznie nie posiada wymaganych przez Zamawiającego zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia, co powinno skutkować wykluczeniem go z Postępowania i odrzuceniem jego oferty;

3

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 z zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp z uwagi na brak posiadania niezbędnych oświadczeń od podwykonawców (oraz zaniechanie wezwania do złożenia takowych) potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w szczególności przez:
 - 3.1. brak wypełnienia przez podwykonawców CompuCroup Medical Polska sp. z o.o. oraz VECTO sp. z o.o. w oświadczeniu JEDZ części dotyczącej spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie w jakim udostępniają oni zasoby, czyli część IV

sekcja

A, a obydwa podmioty używając

zasoby;

- 3.2. brak oświadczeń dla wszystkich podwykonawców (CGM, VECTO, AODC, TECHNITEL) wskazanych w § 7 pkt 6 ppkt 9-11, pomimo że Zamawiający wymagał w SIWZ, żeby oświadczenia wymienione w § 7 pkt 6 złożyli wykonawcy i podmioty trzecie na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp przez wskazanie w ofercie z imienia i nazwiska osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia bez wskazania (weryfikowalnego) doświadczenia i kwalifikacji tych osób oraz brak pełnej informacji o posiadanych certyfikatach przez niektóre z osób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia oceny ofert;
2. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. dokonania weryfikacji zdolności Wykonawcy M do realizacji zamówienia w oparciu o art. 22d ust. 2 Pzp oraz wykluczenia wykonawcy jako niezdolnego do wykonania zamówienia; ewentualnie,
4. wezwania Wykonawcy M do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wymaganych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w zakresie opisanym w odwołaniu i w przypadku niezłożenia dokumentów – wykluczenia Wykonawcy M;
5. dokonania ponownej oceny ofert uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
6. dokonania wyboru ofert Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie,
7. jeżeli zachodzą przesłanki – unieważnienia Postępowania.

4

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu naruszenia powodują, że Odwołujący nie uzyska zamówienia.

Oferta Odwołującego jest ofertą drugą w kolejności, wobec czego Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazując, że wykonawcy mają wykazać posiadanie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4.000.000,00 zł w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. (§ 5 pkt 1 ppkt 2.2 SIWZ)

Wykonawca M złożył wprawdzie dwa dokumenty gwarancyjne, jednak polisy te nie są ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nadto dotyczą sumy gwarancyjnej do 3.000.000,00 zł, a ryzyka (szkody) ponad tą kwotę nie będą pokrywane przez ubezpieczyciela.

Wykonawca M przedstawił polisę BPP-A/P nr 0051604 wystawioną przez TU InterRisk na sumę gwarancyjną 1.000.000,00 zł, obejmującą ryzyko związane z działalnością wykonywaną przez ubezpieczonego określoną precyzyjnie jako naprawa i konserwacja komputerów i urządzeń peryferyjnych.

W ofercie Wykonawcy M znajduje się także polisa seria K nr 11000676, wystawiona także przez TU InterRisk, ważna do 21 sierpnia 2018 r., na sumę gwarancyjną 3.000.000,00 zł określająca zakres ubezpieczenia dość ogólnie jako odpowiedzialność cywilna w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej określonej w umowie.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest informatyzacja placówki, tj. zaprojektowanie, dostawa oraz wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego („ZSM”) dla Zamawiającego, obejmujące prace projektowe i przygotowawcze, dostawę sprzętu i infrastruktury informatycznej wraz z platformą dla e-usług, a także wdrożenie oprogramowania użytkowego.

Wskazany przedmiot stanowi zamówienie bardzo specjalistyczne, do którego wymagane są konkretne kompetencje i doświadczenie wykonawcy. Naprawa komputerów i urządzeń nie stanowi żadnego z elementów przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego / Wykonawcą M a ubezpieczycielem, celem weryfikacji czy ubezpiecza ona działalność związaną z przedmiotem zamówienia, o co powinien dopytać Zamawiający.

5

Odwołujący dodał, że w przypadku odmowy wypłacenia odszkodowania Zamawiający poniósłby nie tylko stratę w postaci braku odszkodowania, ale również będzie narażony na konsekwencje w ramach dyscypliny finansów publicznych, ponieważ świadomie wybrał ofertę wykonawcy, który nie jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Odwołujący podkreślił również, że dołączenie do oferty dwóch odrębnych polis (ubezpieczających inne ryzyka) nie stanowi spełnienia formalnego warunku udziału w Postępowaniu. Warunkiem stawianym przez Zamawiającego jest objęcie ubezpieczeniem szkód na kwotę do 4.000.000,00 zł związanych z przedmiotem zamówienia. Nie można zatem stwierdzić, że przedstawione polisy zabezpieczają takie ryzyko.

Z treści omawianych dokumentów wynika, że druga z wykupionych polis jest dokumentem obejmującym ryzyka ponad szkody z pierwszej polisy. Nie stanowi ona żadnego aneksu podwyższającego „pierwotną umowę” lecz jest dodatkowym – równoległym – dokumentem obejmującym odpowiedzialność odszkodowawczą do kwoty 3.000.000,00 zł. Nawet gdyby był to aneks, to podwyższony do wartości 3.000.000 zł, a nie – jak żądał Zamawiający – do 4.000.000,00 zł. Wartości obu polis nie mogą być sumowane, a w przypadku zaistnienia szkody Zamawiający będzie narażony na konsekwencje w ramach dyscypliny finansów publicznych. Każda instytucja kontrolująca przebieg i realizację przedmiotowego zamówienia publicznego będzie zobowiązana do nałożenia kar finansowych z tytułu powierzenia realizacji zamówienia podmiotowi nie spełniającemu postawionych wymagań.

Odwołujący stwierdził ponadto, że obie polisy ubezpieczają wyłącznie ryzyka do kwoty 3.000.000,00 zł, przy czym pewniejsze jest zabezpieczenie do kwoty 1.000.000,00 zł, ponieważ powstanie takich szkód „chronione” jest przez dwa zobowiązania. Więc jeżeli ubezpieczyciel odmówi wypłaty odszkodowania z jednej, możliwe że uwzględni szkodę z drugiej. Brak jest jednak zabezpieczenia szkód powyżej 3.000.000,00 zł.

Mając na uwadze tak skonstruowaną treść polis, w przypadku szkody po stronie

Zamawiającego spowodowanej przez wykonawcę (przy założeniu, że polisy obejmują ryzyko związane z kontraktem Zamawiającego, co Odwołujący neguje), szkody do wysokości 1.000.000,00 zł „chronione będą” przez dwie polisy. Odszkodowanie wypłacone będzie w zależności od zapisów kontraktowych (w określonych częściach, solidarnie, zasadniczo pewnie 500.000,00 zł z jednej polisy i druga połowa z kolejnej), natomiast szkody powyżej 1.000.000,00 zł do 3.000.000,00 zł objęte są sumą gwarancyjną z drugiej z polis (ale pierwsza z nich przy takich szkodach już nie obowiązuje). Wobec powyższego odpowiedzialność odszkodowawcza do kwoty 4.000.000,00 zł nie jest zabezpieczona, zatem podstawowy warunek udziału w Postępowaniu nie został spełniony.

6

Jednoznacznie można stwierdzić, że brak jest w ofercie zobowiązania podmiotu ubezpieczającego do ewentualnej naprawy szkód powyżej 3.000.000,00 zł.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Odwołujący zwrócił uwagę, że po nowelizacji Pzp Zamawiający otrzymał ważne uprawnienie obligujące go do zwracania szczególnej uwagi na wykonawców, którzy ze względu na swój potencjał nie są w stanie zrealizować określonego zamówienia, angażując się jednocześnie w inne projekty (art. 22d ust. 2 Pzp).

Ustawodawca posłużył się w tym przypadku sformułowaniem „na każdym etapie postępowania”, wobec czego za uprawnione można uznać twierdzenie, że zamawiający będzie mógł skorzystać z tej instytucji aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyraził nadzieję, że Zamawiający dokona takiej weryfikacji w odniesieniu do Wykonawcy M w oparciu o poniższe przesłanki.

W piśmiennictwie, w odniesieniu do powyższego, wyrażane są opinie, zgodnie z którymi doraźną do realizacji zamawiający, badając zdolność przedmiotu zamówienia, „może do badania wykorzystać wskaźniki dostępne ze sprawozdań finansowych lub innych dokumentów zawierających potrzebne informacje. O wielkości zaangażowania wykonawcy w realizację zawartych kontraktów będą świadczyć średnio i długookresowe wskaźniki określające sytuację ekonomiczną oraz krótkookresowe wskaźniki określające sytuację finansową wykonawcy w przededniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. W toku postępowania obowiązkiem zamawiającego jest analiza, czy zamówienie o dużym, strategicznym dla niego znaczeniu będzie wykonana przez podmiot do tego zdolny, zwłaszcza że większość środków na realizację przedmiotu zamówienia będzie pochodziło z budżetu Unii Europejskiej.

Wobec powyższego takie zamówienie podlega specjalnemu nadzorowi i kontroli nie tylko ze strony instytucji krajowych, ale także wspólnotowych. Oznacza to, że udzielenie zamówienia podmiotowi niezdolnemu do wykonania zamówienia ze względu na swoje zaangażowanie w inne projekty handlowe, skutkować będzie negatywnymi konsekwencjami dla zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający nie wskazał wprawdzie w SIWZ minimalnego obrotu jako warunku udziału w Postępowaniu, jednak przepisy Pzp nakazują stosowanie odpowiedniego balansu w odniesieniu do takiego wymogu. Jeżeli zamawiający wskaże taki warunek to nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków... (art. 22c ust 2 Pzp). Jednakże niepożądana jest także sytuacja, że obrót

7

danej firmy jest kilkakrotnie mniejszy od wartości zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający nie ma nawet „realnej finansowej gwarancji po stronie wykonawcy odnośnie realizacji przedmiotowego zamówienia”.

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca M:

- ☐ uzyskiwał obroty znacznie poniżej połowy wartości zamówienia (prawie 10 mln zł), tj. 4 mln zł w 2014 r., 5 mln zł w 2015 r., 3,4 mln zł w 2016 r. i do września 2017 r. jedynie 2,4 mln zł;
- ☐ zatrudnia do 10 pracowników (oświadczenia z polisy);
- ☐ jego wiodącym PKD jest naprawa i konserwacja komputerów i urządzeń a nie czy wdrażanie peryferyjnych produkcja

oprogramowania komputerowego.

Obowiązkiem Zamawiającego nie jest udzielenie zamówienia każdemu „oferentowi”, lecz takiemu, który jest w stanie zrealizować poprawnie zamówienie i docelowo zabezpieczyć potrzeby zamawiającego.

Odwolujący podkreślił, że ma wiedzę o zaangażowaniu Wykonawcy M jako podwykonawcy w innych przedsięwzięciach IT, a mając na uwadze wskazane powyżej zasoby nie jest w stanie właściwie zrealizować przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Oferta Wykonawcy M zawiera szereg innych braków formalnych m.in. związanych z niewłaściwym wypełnieniem dokumentacji lub niezłożeniem wymaganych oświadczeń.

Odwolujący wskazał na brak złożenia właściwych oświadczeń w dokumentach JEDZ podwykonawców.

Zgodnie z SIWZ: „W przypadku, gdy Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać będzie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, oprócz własnego Jednolitego Dokumentu Zamówienia składa do oferty odrębny JEDZ podmiotu trzeciego, wypełniony i podpisany przez podmiot trzeci. JEDZ powinien być wypełniony w zakresie, w jakim Wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego. JEDZ musi dotyczyć także weryfikacji podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą w trakcie realizacji zamówienia, jak i sytuacji gdy takim podwykonawcą będzie” (§ 7 pkt 3 SIWZ).

Odwolujący podkreślił, że tożsame postanowienia zawiera instrukcja wypełniania dokumentów JEDZ.

8

Podwykonawcy Wykonawcy M udostępniający zasoby składają dokumenty JEDZ, jednak dwóch z nich (CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. oraz VECTO sp. z o.o.) w części IV sekcja A nie deklaruje nic, nie mówiąc o dokładnym opisanu użytych zasobów.

W SIWZ zawarto również wymóg, zgodnie z którym „Oświadczenia, o których mowa w ust. 6 dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców składane są w oryginale” (§ 7 pkt 17 SIWZ).

Każde z poniższych oświadczeń podwykonawców udostępniających zasoby powinno zostać dołączone do oferty. Odwołujący stwierdził brak oświadczeń dla wszystkich podwykonawców (CGM, VECTO, AODC, TECHNITEL) wskazanych w § 7 pkt 6 ppkt 9-11, tj.:

- ☐ oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- ☐ oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne; ☐ oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2016.716).

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Odwolujący podał, że zgodnie z Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Zamawiający nie dopełnił należytej staranności w kwestii weryfikacji doświadczenia osób umieszczonych w wykazie na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w Postępowaniu. W wykazie osób, dla większości podmiotów tam wymienionych, wymagania są literalnie przepisane z SIWZ.

W przypadku gdy Zamawiający żąda jako potwierdzenia posiadanego doświadczenia udziału w konkretnym projekcie to powinno się ten projekt wymienić z nazwy i daty (Zamawiający wymagał aby był to udział w projekcie w ciągu ostatnich 5 lat), a nie przepisywać ogólnikowe wymaganie z SIWZ.

Na podstawie takich danych Zamawiający nie ma szans sprawdzić czy ten projekt istotnie spełnia jego wymagania. Nazwy projektów pojawiły się jedynie

przy kilku osobach, a konkretnie przy pkt 4, 5, 7, 8 z tabelki wymagań w SIWZ (§ 5 pkt II). Brak jest natomiast informacji o projektach w jakich uczestniczyły wymienione osoby z pkt 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15.

Co więcej nie ma w wykazie osób Kierownika robót telekomunikacyjnych – pkt 6 w tabelce.

Odwołujący podsumował, że wszystkie wskazane powyżej błędy dyskwalifikują ofertę Wykonawcy M.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzut nr 3.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca M, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy M (dalej również „Przystępujący”) do udziału w Postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania we wskazanym powyżej zakresie, wobec czego postępowanie odwoławcze podlegało w tej części umorzeniu (pkt 1 sentencji wyroku).

Na posiedzeniu niejawnym poprzedzającym otwarcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 2, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie (pkt 2 sentencji wyroku).

Wykonawca M zajął następujące stanowisko w przedmiocie zarzutów nr 1 i 4.

Zarzut nr 1

Z twierdzeń Odwołującego wynika, że jego zdaniem:

- ☐ polisa OC składana w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi obejmować swoim zakresem cały przedmiot zamówienia;

- ☐ celem polisy OC składanej w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest ubezpieczenie kontraktu zawieranego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Powyższa argumentacja Odwołującego jest oderwana od przepisów Pzp oraz ich utrwalonej wykładni prezentowanej w orzecznictwie Izby.

Zgodnie z treścią art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej zamawiający może wymagać posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Przywołana wyżej regulacja uzupełniana jest przez unormowanie zawarte w § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, zgodnie z którym w celu spełnienia przez wykonawcę warunku ekonomicznego zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Bezspornym zatem jest, że tak przepisy Pzp, jak i Rozporządzenia nie wymagają, aby polisa składana w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczyła działalności pokrywającej się z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak bowiem wynika z treści § 2 st. 2 pkt 4 Rozporządzenia, polisa ma potwierdzać zawarcie umowy ubezpieczenia dotyczącej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający opisując warunki udziału w Postępowaniu, w części dotyczącej warunku

ekonomicznego, powtórzył treści cytowanego wyżej przepisu (por. § 5 pkt 2.2, str. 8 SIWZ oraz § 7 pkt 6.2, str. 20 SIWZ), wprowadzając wymóg wykazania się posiadaniem umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że polisa OC na potwierdzenie spełniania warunku nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia – identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna przynajmniej w minimalnym zakresie być związana z tym przedmiotem zamówienia. Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony wywodzi więc, że polisa OC składana w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu obejmowała swoim zakresem całość lub zasadniczą część przedmiotu zamówienia.

Przystępujący wskazał, że Postępowanie dotyczy zaprojektowania, dostawy oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego obejmujące prace projektowe i przygotowawcze, dostawę sprzętu i infrastruktury informatycznej wraz z platformą e-usług,

11

a także wdrożenie oprogramowania użytkowego. Jak wynika z treści ogłoszenia przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego m.in. za pomocą następujących kodów CPV:

- ☐ 48000000 – pakiety oprogramowania i systemy informatyczne (która to kategoria obejmuje także podgrupę 48000000-6: Systemy i serwery informacyjne);
- ☐ 30200000 – urządzenia komputerowe;
- ☐ 30213100 – komputery przenośne.

Jak wynika z Załącznika nr 3.1 do SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje również następujące dostawy w ramach Zadania nr 7: Infrastruktura IT: dostawę urządzeń sieciowych (łącznie z budową sieci), dostawę macierzy dyskowych, serwerów, biblioteki taśmowej, stacji roboczych (120 szt.), tabletów medycznych (łącznie 22 szt.), drukarek etykiet i kodów kreskowych oraz czytników kodów kreskowych. Jednocześnie bezspornym jest, że przedmiot umowy obejmuje także usługi gwarancyjne dotyczące dostarczonych urządzeń (por. np. § 9 wzoru umowy). Oczywistym jest zatem, że niebagatelną (także pod względem cenowym) część zamówienia stanowią dostawy sprzętu komputerowego (łącznie z usługami gwarancyjnymi). Co za tym idzie nie powinno ulegać wątpliwości, że Przystępujący wykazał się posiadaniem umowy ubezpieczenia OC dotyczącej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Chybione są również zarzuty Odwołującego dotyczące braku wykazania posiadania przez Przystępującego umowy ubezpieczenia OC na sumę wymaganą przez Zamawiającego (4 mln zł).

Poza sporem pozostaje, że Zamawiającemu złożono:

- a) polisę seria BPP-A/P numer 0051604 z okresem ubezpieczenia od 28 kwietnia 2017 r. do 27 kwietnia 2018 r. oraz z sumą ubezpieczenia wynoszącą 1 mln zł;
- b) polisę seria K nr 11000676 z okresem ubezpieczenia od 22 sierpnia 2017 r. do 21 sierpnia 2018 r. oraz z sumą ubezpieczenia wynoszącą 3 mln zł.

Przystępujący podkreślił, że żadne z postanowień SIWZ nie wyłącza możliwości złożenia więcej niż jednej polisy ubezpieczeniowej potwierdzających posiadanie ubezpieczenia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego. Należy zatem przyjąć, że „sumowanie” polis co do zasady jest dopuszczalne. Argumentacja ta znajduje oparcie w treści §2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia, który pozwala żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Należy zatem wywieść, że chodzi w tym

12

wypadku nie o zawarcie określonej liczby umów (jednej lub kilku) lecz na wykazanie, że wykonawca jest ubezpieczony na określoną sumę gwarancyjną. Przepis Rozporządzenia nie mówi o dokumentach potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia lecz o dokumentach (w liczbie mnogiej) potwierdzających „bycie ubezpieczonym”. W świetle takiego właśnie brzmienia przepisu § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia brak jest podstaw pozwalających uznać za niedopuszczalne wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu więcej niż

jednym dokumentem polisy.

Przystępujący podkreślił, że obie polisy zostały wystawione przez tego samego ubezpieczyciela, który zawierając kolejną umowę ubezpieczenia musiał wiedzieć i wiedział o istnieniu aktywnego ubezpieczenia OC Przystępującego, co z pewnością zostało uwzględnione przy zawieraniu kolejnej umowy. Nie ulega też wątpliwości, że łączna suma gwarancyjna wynikających z wymienionych wyżej polis wynosi 4 mln zł.

W kwestii zarzutu nr 4 odwołania Wykonawca M stwierdził, że Zamawiający do SIWZ nie dołączył wzoru wykazu osób. W SIWZ brak jest zaś wymagań opisywanych przez Odwołującego, w szczególności tych, które odnosiłyby się do wyszczególnienia nazw realizowanych projektów wraz z datami ich realizacji. Przystępujący zwrócił uwagę, że wymagania Zamawiającego dotyczące szczegółowości informacji na temat doświadczenia osób wymienianych w wykazie nie mogą być przedmiotem domniemań wykonawców, a sam Zamawiający nie może żądać spełnienia wymogów w zakresie szerszym niż to wynika z SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty Odwołującego – jako oderwane od treści SIWZ – należy uznać za całkowicie bezzasadne.

W zakresie rzekomego braku w wykazie osób kierownika robót telekomunikacyjnych Wykonawca M podał, że okoliczność ta nie została objęta zakresem zarzutu (który dotyczył jedynie szczegółowości wykazu). Niezależnie od tego wyjaśnił, że dysponuje nawet nie jednym, lecz dwoma kierownikami robót telekomunikacyjnych, którzy zostali wymienieni w poz. 18-19 wykazu.

Na rozprawie Odwołujący i Przystępujący podtrzymali zaprezentowane wyżej stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu ubezpieczeń gospodarczych na okoliczność wykazania:

- ☐ czy złożone dokumenty ubezpieczeniowe zapewniają ochronę ubezpieczeniową na łączną sumę gwarancyjną 4 mln zł? ☐
- czy wskazana w ww. dokumentach franszyza redukcyjna obniża wysokość wskazanej sumy gwarancyjnej?

13

-
- ☐ jaka będzie realna wypłata odszkodowania w przypadku zaistnienia szkody w majątku Zamawiającego w kwocie 4 mln zł mając na uwadze postanowienia ww. dokumentów?

- ☐ czy ww. dokumenty ubezpieczają przedmiot zamówienia?

a dodatkowo z treści dwóch opinii brokerów ubezpieczeniowych – na okoliczność niespełniania przez polisy OC Przystępującego wymogów wynikających z treści warunku udziału w Postępowaniu.

Wykonawca M wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia ubezpieczyciela – wystawcy polis OC, na okoliczność wysokości łącznej sumy gwarancyjnej wynikającej z przedstawionych Zamawiającemu polis.

Zamawiający na rozprawie argumentował, że polisa OC nie ma gwarantować należytego wykonania zamówienia, ma natomiast potwierdzać, że wykonawca znajduje się w odpowiedniej kondycji ekonomicznej i finansowej, został zweryfikowany przez ubezpieczyciela i jest zdolny do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Podkreślił, że polisa związana z przedmiotem zamówienia to taka, która wykazuje jakikolwiek związek z przedmiotem zamówienia, w szczególności nie jest to polisa stanowiąca ubezpieczenie konkretnego kontraktu.

W zakresie drugiego z podtrzymanych zarzutów odwołania Zamawiający podkreślił, że kierownik robót telekomunikacyjnych został wskazany w dwóch pozycjach wykazu złożonego przez Wykonawcę M, a nadto, że nie sporządził wzoru wykazu osób.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu

i piśmie procesowym

Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wezwania Przystępującego

z 16 października 2017 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, polisy seria BPP-A/P nr 0051604, polisy seria K nr 11000676, wykazu osób złożonego przez Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i dokumentów przedstawionych na rozprawie.

14

Dokumenty te potwierdzają, że okoliczności sprawy (stan faktyczny) zostały przedstawione przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w sposób adekwatny i nie wymagający dalszego omówienia.

Rozpoznając sprawę w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp uzasadniającego uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp), wobec czego podlegało ono oddaleniu.

W kwestii niewykazania spełnienia przez Wykonawcę M warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Izba wyjaśnia, że argumentacja Odwołującego była chybiona, nie dotykając istoty instytucji wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. Wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Wymóg ten nie jest też równoznaczny z objęciem ochroną ubezpieczeniową przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także – po drugie – możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W konsekwencji powyższego pozbawiona normatywnego znaczenia jest okoliczność liczby przedstawionych przez Wykonawcę M polis OC oraz maksymalna wysokość możliwego do uzyskania na ich podstawie odszkodowania, bowiem nie są to aspekty podlegające badaniu na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pozytywnej oceny spełnienia przez Przystępującego omawianego warunku udziału w Postępowaniu nie zmienia przywołana przez Odwołującego kwestia przewidzianych w polisach fransyz redukcyjnych. Pomijając fakt, że argumentacja ta podniesiona została dopiero na rozprawie, dowodząc rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutu odwołania, co do której aktualny pozostaje zakaz wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, to w świetle nie zawierającej żadnych ograniczeń treści przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu zastosowanie fransyz redukcyjnych należało ocenić jako prawnie obojętne. Zwrócenie na nie uwagi stanowiło kolejny wyraz utożsamiania polisy wymaganej na potwierdzenie

15

spełnienia warunku z możliwością uzyskania na jej podstawie odszkodowania, ponieważ fransyza redukcyjna jest instytucją mającą zastosowanie do obliczania wysokości należnego od ubezpieczyciela świadczenia.

Nietrafne było również stanowisko Odwołującego w przedmiocie braku związku przedstawionych przez Przystępującego polis z przedmiotem zamówienia.

Wspomniany związek, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie został przez ustawodawcę zdefiniowany, wobec czego doprecyzowywanie go zgodnie z intencją Odwołującego (powoływanie się na związek z „głównym przedmiotem zamówienia”, czy odnoszenie przedmiotu ubezpieczonej działalności wykonawcy do wartości odpowiadających jej świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia) nie mogło odnieść skutku. Bezsprzecznie w ramach zamówienia nastąpi dostawa sprzętu komputerowego, na który wykonawca zamówienia udzieli gwarancji szczegółowo opisanej w § 9 wzoru umowy. Skoro zatem ubezpieczoną spornymi polisami działalnością Wykonawcy M jest naprawa i konserwacja komputerów i urządzeń peryferyjnych, to – biorąc pod uwagę zarówno wspomniany element przedmiotu zamówienia, jak i związane z nim obowiązki gwarancyjne –

związek wymagany przepisem § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia został, w ocenie składu orzekającego, zachowany.

Ergo złożone przez Odwołującego dowody w postaci opinii brokerów ubezpieczeniowych dotyczyły okoliczności irrelevantnych dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania, skoro w istocie do zakresu zmierzały ustalenia odpowiedzialności ubezpieczyciela z każdej z posiadanych przez Przystępującego polis OC.

Ocenę powyższą rozciągnąć należało również na wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako że pierwsze trzy tezy również zmierzały do ustalenia wspomnianej okoliczności, natomiast ostatnia z nich stanowiła wyraz błędnego utożsamiania związku ubezpieczonej działalności z przedmiotem zamówienia z ubezpieczeniem konkretnego zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w odwołaniu numerem 4 Izba stwierdziła, że z przywołanego w jego uzasadnieniu art. 22d ust. 3 Pzp nie wynika obowiązek dokonywania przez zamawiającego weryfikacji, której przeprowadzenia domagał się Odwołujący. Przepis ten wyraża uprawnienie zamawiającego możliwe do wykorzystania w określonych sytuacjach (zamówienia na dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane) i w określony sposób (wymaganie wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób).

16

Abstrahując od powyższego z przepisu art. 22d ust. 3 Pzp wynika ponadto, że wskazanie tożsamości osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia z podaniem informacji o kwalifikacjach lub doświadczeniu ma nastąpić w ofercie. *Ad casum* sytuacja taka nie miała miejsca, bowiem wykaz osób Przystępujący złożył dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 16 października 2017 r., skierowane w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp

Ponadto, Przystępujący i Zamawiający trafnie argumentowali, że w wykazie znalazły się informacje o kierownikach robót telekomunikacyjnych –

poz. 18 i 19 wykazu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 3 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 4 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

17