

WYROK
z dnia 8 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2016 r.** przez wykonawcę: **Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 17, 00-195 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

A Kolumna Transportu Sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o., ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 17, 00-195 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 17, 00-195 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2016/S 002-001676 z 15.01.2016 r. na usługę wykonywania transportu sanitarnego, transportu karetką „S” oraz transportu niemedyceznego, w dniu 26 lutego 2016 r. w zakresie części (Pakietu Nr 1) zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę **Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k.**, z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 19 lutego 2016 r. za pośrednictwem faksu o ustaleniu wyniku przetargu, wykluczeniu odwołującego, odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: **Kolumna Transportu Sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o.** z siedzibą w Lublinie jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 lutego 2016 r. przesłane faksem, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 29 lutego 2016 r. złożył wykonawca: **Kolumna Transportu Sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o.** z siedzibą w Lublinie - po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania i podał, że jako wykonawca wybrany do realizacji zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 posiada interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego. Zarzuty podniesione w odwołaniu uznał za całkowicie bezzasadne, gdyż żaden z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych podnoszony w odwołaniu nie został naruszony, a zamawiający

zasadnie wykluczył odwołującego i uznał jego ofertę za odrzuconą.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania:

1. nieprawidłowej czynności badania i oceny ofert;
2. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
3. wyboru oferty wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1;

2

4. zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1 oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Centralnemu Szpitalowi Klinicznemu przy ul. Banacha 1a w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo nie zaistnienia przesłanek do dokonania takiej czynności, w tym m.in. poprzez nie podanie podstawy prawnej wykluczenia odwołującego, wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów bez wskazania zauważonego braku w ofercie odwołującego z 1-dniowym terminem na ich dostarczenie i nie dokonanie oceny oferty odwołującego;
2. naruszenie art. 22 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania opłaconej polisy OC zgodnej z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), podczas gdy odwołujący przedmiotowe warunki spełniał (i spełnia) i może wziąć udział w postępowaniu;
3. naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
4. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy OC składanej przez odwołującego w postępowaniu pomimo posiadania możliwości ku temu;
5. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której kwestia zakresu odpowiedzialności jaki obejmowała polisa OC odwołującego mogłaby w ocenie zamawiającego być niejasna lub wymagać wyjaśnień;
6. naruszenie art. 82 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
7. naruszenie art. 87 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty odwołującego, mimo posiadania możliwości ku temu oraz poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień;
8. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta odwołującego była zgodna z SIWZ i nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia;

3

9. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki, tj. wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i wobec tego nie powinien zostać wykluczony z postępowania;

10. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nie podanie podstawy prawnej wykluczenia odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;

4. wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedstawienia dowodu opłacenia polisy;

5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ważną ofertę w ramach Pakietu 1, która zgodnie z kryterium oceny ofert powinna zostać uznana jako najkorzystniejsza, oraz która potwierdzała spełnienie przez odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Według odwołującego na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, jako wykonawca został wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta została odrzucona i odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia. Jako ofertę najkorzystniejszą w ramach Pakietu 1 wybrano ofertę wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, która w przypadku podejmowania przez zamawiającego czynności zgodnie z ustawą Pzp oraz SIWZ powinna (zgodnie z kryterium oceny ofert zawartym w SIWZ) zostać sklasyfikowana w ramach Pakietu 1 na drugiej pozycji, za odwołującym. Unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz badania i oceny ofert oraz ponowne dokonanie badania i oceny ofert według odwołującego - doprowadzi do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp odwołujący może ponieść szkodę, w postaci nieuzyskania zamówienia oraz utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

4

Odwołujący stwierdził, że złożył w terminie określonym w SIWZ ważną ofertę. W Rozdz. II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez posiadanie ubezpieczenia od: „odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia za szkody majątkowe i osobowe wyrządzane w związku z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV)”. Odwołujący utrzymywał, że dołączył do oferty polisę potwierdzającą spełnianie ww. warunku (Polisa PZU Seria TPP Nr 26076289 z dnia 19 stycznia 2016 r.).

Odwołujący podkreślał, że Polisa, którą złożył wraz z ofertą nie dość, że spełniała wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego, to była mu znana i przez niego akceptowana ze względu na fakt, że była (co wynika z jej treści) wznowieniem (czyli przedłużeniem niezmiennym przedmiotowo i podmiotowo, w szczególności co do zakresu i klauzul) poprzedniej polisy, którą posługiwał się odwołujący przez ostatnie dwa lata świadczenia usług dla zamawiającego na podstawie umowy o numerze: DZP/270/286- 79/14 podpisanej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (wymagania w ówczesnym przetargu - przetarg o numerze DZP/270/286/13 były dla polis identyczne). Z tych względów zamawiający miał wiedzę nt. brzmienia polisy, jej klauzul oraz okresu jej trwania.

Mimo złożenia według odwołującego prawidłowej oferty, która potwierdzała spełnianie przez niego wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, w dniu 8 lutego 2016 r. zamawiający wystosował do odwołującego lakoniczne pismo, w którym wezwał odwołującego do „uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdz. II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ”. Zamawiający oświadczył również (z niezrozumiałych dla odwołującego powodów), iż „Wykonawca nie dołączył do oferty polisy, która posiada rozszerzenie na choroby zakaźne, w tym WZW oraz HIV”.

Wezwanie było praktycznie z jednodniowym terminem na dostarczenie dokumentów, co przy skumulowaniu tego z wadliwością w treści wezwania wskazuje zdaniem odwołującego na postępowanie zamawiającego, które narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Niemniej jednak, odwołujący wypełniając żądanie zamawiającego uzupełnił rzekomo brakujący dokument, tj. dostarczył zamawiającemu ponownie kopię tej samej złożonej Polisy oraz dodatkowo wyjaśnienie brokera ubezpieczeniowego wskazujące, że Polisa obejmuje

swoim zakresem Klauzulę 66, tj. klauzulę rozszerzającą zakres odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych (OC za szkody spowodowane spełnieniem chorób zakaźnych i zakażeń) - bez żadnych specjalnych wyłączeń w tym zakresie, tj. bez

5

ew. wyłączeń odpowiedzialności dot. HIV i WZW. Odwołujący uznał tym samym, że złożył kompletne wyjaśnienia i uzupełnił żądany dokument.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 25 stycznia 2016 roku zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Z informacji o otwarciu ofert oraz z oferty odwołującego wynika, iż zgodnie z kryterium oceny ofert zawartym w SIWZ, że oferta odwołującego w zakresie Pakietu Nr 1 powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, co jest skutkiem zaproponowanej przez niego najniższej ceny i (wg wyliczeń zamawiającego) maksymalnej liczby punktów w kryterium „Wiek pojazdu” (cena odwołującego była o około 0,5 miliona zł niższa niż cena następnej oferty).

W dniu 19 lutego 2016 r. zamawiający doręczył odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1. Z informacji tej wynikało, iż odwołujący został wykluczony z postępowania. Zamawiający stwierdził, że Polisa nie obejmuje swoim zakresem szkód spowodowanych przeniesieniem wirusa HIV. Ponadto zarzucił odwołującemu, iż nie załączył potwierdzenia opłacenia polisy.

Odwołujący podnosił, iż:

a) złożona przez niego Polisa była opłacona, a jeżeli zamawiający miał co do tego wątpliwości to powinien dokonać precyzyjnego wezwania do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp czego nie dokonał,

b) złożona przez niego Polisa obejmowała swoim zakresem odpowiedzialność ubezpieczyciela za szkody spowodowane przeniesieniem wirusa HIV, a ewentualne wątpliwości zamawiającego w tym zakresie powinny zostać usunięte wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że informacja o wykluczeniu wykonawcy nie spełnia ustawowego wymogu określonego w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. nakazu zawarcia informacji o podstawie prawnej wykluczenia odwołującego.

Odwołujący zarzucał, że nie stosując ww. przepisów opisanych w lit. a) i b) powyżej zamawiający dokonał ich naruszenia, co potwierdza utrwalona linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z dnia 22 czerwca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1192/15): *„Skierowanie jednoznacznego w swej treści wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów jest obowiązkiem zamawiającego przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy,”* oraz wyrok z dnia 21 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1431/15).

Ww. naruszenie doprowadziło do uznania, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta jest niezgodna z SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

6

W przekonaniu odwołującego na tym etapie zamawiający dokonał naruszenia szeregu kolejnych, następujących przepisów Pzp wymienionych w petitum odwołania, tj.: art. 22 ust. 1, 24 ust. 4, 82 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego oferta złożona w postępowaniu i Polisa do niej załączona spełniają określone przez zamawiającego wymogi, tj. polisa obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV). Powyższe odwołujący dokumentował załącznikiem do odwołania, tj.: oświadczeniem ubezpieczyciela i aneksem porządkującym do umowy ubezpieczenia, który został podpisany według stanowiska odwołującego jedynie w celu uniknięcia w przyszłości podobnych sytuacji, które z punktu widzenia zamawiającego mogłyby być niejasne. W ocenie odwołującego stan prawny i faktyczny oraz zakres Polisy jest prawidłowy, zgodny z SIWZ, ważny i spełniający wszelkie wymogi zamawiającego).

Z ww. dokumentów według odwołującego wynika, iż Polisa swoim zakresem obejmuje (i w dniu, w którym upływał termin składania ofert obejmowała) również odpowiedzialność związaną z chorobami zakaźnymi (w tym WZW i HIV), a więc jest zgodna z SIWZ. Potwierdzają one także fakt, iż odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu

dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jako kluczowy dla sprawy odwołujący uznał następujący fragment wyjaśnień ubezpieczyciela: „Aktualna polisa TPP 26076289 od dnia jej wystawienia wraz z Aneksem wystawionym w dniu 22.02.2016 obejmuje w dalszym ciągu odpowiedzialność PZU S.A. z tytułu szkód spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV w wystawionym aneksie do polisy TPP 26076289 (bezskładkowy aneks TA2Nr 26076289) został potwierdzony zakres ubezpieczenia dot. - rozszerzenia odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV z okresem ubezpieczenia 24.01.2016 - 23.01.2017.”

Odwołujący zaznaczał, iż Polisa jest (i w dniu, w którym upływał termin składania ofert także była) opłacona, ważna i skuteczna, co potwierdzał dowodem przelewu opłacenia składki. Odwołujący wskazywał, iż w tym zakresie zamawiający powinien dokonać stosownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, czym doprowadziłby do przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Pzp. Do odwołania załączono dalsze dowody, o treści przytoczonej w opisanu materiału dowodowego sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień do SIWZ, oferty odwołującego, oferty przystępującego korespondencji między zamawiającym a odwołującym wraz z załącznikami.

7

Inne wnioskowane dowody przez odwołującego na rozprawie: z polis OC wystawionych przez PZU S.A. na okresy: 24.01.2015 -23.01.2016; 24.01.2014 - 23.01.2015, zgłaszane na okoliczność wykazania, iż polisa aktualna - TPP 26076289 stanowi wznowienie poprzednich polis, i na okoliczność wykazania, że w zakres poprzednich polis wchodziła klauzula 66 z rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych, w tym WZW i HIV - dowód ten miał potwierdzać pismo PZU, w którym zwarto oświadczenie, że od dnia wystawienia polisy TPP 26076289 ochrona ubezpieczeniowa obejmowała klauzulę obejmującą rozszerzenie odpowiedzialności na choroby zakaźne i zakażenia, w tym WZW i HIV, a także dowód ten miał potwierdzać, że Szpital miał wiedzę co do zakresu polisy i ochrony ubezpieczeniowej udzielnej przez PZU S.A. dla odwołującego się.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Rozdział I. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

1. Wykonawca składa OFERTĘ zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SIWZ).

15. OFERTA musi zawierać wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty załączone zgodnie ze wskazaniem zawartymi w niniejszej SIWZ. Jeśli dokument przedstawiony jest w postaci kserokopii, poświadczenie - oprócz adnotacji „za zgodność z oryginałem” - musi być opatrzone imienną pieczęcią i podpisem osoby upoważnionej do reprezentowania firmy.

II. WYMAGANIA FORMALNOPRAWNE

1. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. 1.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 oraz spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy spełniają warunki, dotyczące:

(...)

d) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaze, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia za szkody majątkowe i osobowe wyrządzone w związku z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV) na wartość nie mniejszą niż:

8

Pakiet 1 - 1.000.000 zł na jedno i 2.000.000 zł na wszystkie zdarzenia.

1.2. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu nastąpi na podstawie dokumentów wymienionych w ust. 2 niniejszego rozdziału.

2. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujące brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

2.1. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujące brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, wymagane od Wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w Polsce, w tym:

2.1.9. Opłaconą polisą, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia- dotyczy Pakietu 1 i 2.

2.1.10. Oświadczenie, że Wykonawca spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy oraz że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 - w formie dokumentu: „OŚWIADCZENIE” stanowiące ZAŁĄCZNIK NR 1 DO „FORMULARZA OFERTY”.

11. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i warunków dostawy lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

12. Zamawiający WYKLUCZY z postępowania Wykonawcę, który:

12.1. Nie spełni warunków określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 2-11, art. 24 ust. 2 pkt. 1-5

12.2. Nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie spełni innych wymagań określonych w ustawie i niniejszej SIWZ (...).

13. Oferta Wykonawcy, który został wykluczony zostaje uznana za odrzuconą i nie jest rozpatrywana.

9

O wykluczeniu z postępowania Zamawiający zawiadamia zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) wykluczonego Wykonawcę, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

IV. USZCZEGÓLOWIENIE PRZEDMIOTU DOSTAWY I OBOWIĄZKÓW WYKONAWCY

1. Określenie przedmiotu zamówienia

1.1. Usługa wykonywania transportu sanitarnego, transportu karetką „S” oraz transportu niemedycznego.

1.3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ.

V. ZASADY OCENY OFERT

1. Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie:

1. Oferowana cena [wartość brutto] -95

2. Wiek pojazdu -5

VIII. MIEJSCE I TERMIN SKŁADANIA OFERT

2. Termin składania ofert: Oferty należy złożyć do dnia 25.01.2016 r.

XII. WZÓR UMOWY

1. Przedmiotem umowy jest wykonanie usług transportu sanitarnego zgodnie z

Załącznikiem nr 1 do umowy oraz ze złożoną ofertą w postępowaniu nr DZP/270/238/15

2. Wykonawca oświadcza, iż przedmiot umowy świadczony będzie zgodnie ze SIWZ oraz ze złożoną ofertą.

1.22. W przypadku, kiedy termin ważności polisy, której kopia została przedłożona Zamawiającemu, nie obejmuje całego okresu obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest odnawiać umowy ubezpieczenia na swój koszt i w taki sposób, aby zapewniona była ciągłość ubezpieczenia przez cały okres obowiązywania Umowy oraz przedstawiać Zamawiającemu kopie kolejnych polis w ciągu 7 (siedmiu) dni od daty

ekspiracji bieżącej umowy ubezpieczenia. 1.23. W przypadku nie przedłożenia potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii polis

ubezpieczeniowych w terminie wskazanym w ust. 1.22 Zamawiający ma prawo do zawarcia w imieniu i na rzecz Wykonawcy takiej umowy i obciążenie go kosztami jej zawarcia.

1.24. Ewentualne szkody powstałe po stronie Zamawiającego, które przewyższą sumy ubezpieczeniowe wynikające z treści polis ubezpieczeniowych lub których nie obejmują polisy ubezpieczeniowe, zostaną pokryte we własnym zakresie bezpośrednio przez Wykonawcę, na pierwsze wezwanie Zamawiającego.

Oferty w zakresie części 1 zamówienia złożyli:

1. Kolumna transportu sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o. ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin - cena (3 242 380,00 zł) PUNKTACJA 95;3.58;98.58

10

2. Medical Transport Dariusz Helios, ul. Heroldów 106/171,01- 991 Warszawa - cena (3 457 584,00 zł) PUNKTACJA 89,09; 5; 94,09

3. Odwołujący LuxuryMedical Care Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 17/47, 00-195 Warszawa - cena (2 682 276,00 zł). Oferta nie podlegała ocenie, gdyż wykonawca został wykluczony.

Odwołujący złożył ofertę na część 1 (Pakiet 1 i 3 zamówienia), załączył w dokumentach oferty Polisę PZU Seria TPP Nr 26076289 wystawioną dnia 19 stycznia 2016 r. przez agenta ubezpieczeniowego PPH Maxi Ubezpieczenia na Srebrnej B. W., E. O. na okres od 24 stycznia 2016 r. do 23 stycznia 2017 r., gdzie w tabeli oznaczonej jako: Rozszerzenie podstawowego zakresu ubezpieczenia - Klauzule dodatkowe wskazano: Klauzula 66 (odnosząca się do rozszerzenia odpowiedzialności ubezpieczyciela na choroby zakaźne). Treść klauzuli 66 OWU PZU S.A. jest następująca:

Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń (OC za szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń)

1. Z zachowaniem pozostałych, niezmienionych niniejszą klauzulą postanowień OWU oraz za zapłatą dodatkowej składki ubezpieczeniowej, strony postanowiły rozszerzyć zakres ubezpieczenia o odpowiedzialność cywilną za szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń.

PZU nie ponosi odpowiedzialności za szkody:

- a) Powstałe w następstwie działalności nie objętej umową ubezpieczenia,
 - b) Spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych lub zakażeń, o których w chwili zawierania umowy ubezpieczony wiedział,
 - c) Spowodowane przeniesieniem choroby Creutzfelda-Jacoba lub innych encefalopatii gąbczastych oraz HIV, d) Powstałe w następstwie wykonywania tatuaży.
- W polisie tej została podana składka do zapłaty w kwocie 3 561,00 zł z terminem płatności do 29 stycznia 2016 r.

Tytułem dowodu opłacenia składki od przedstawionej polisy przed upływem terminu składania ofert - w dniu 25 stycznia 2016 r., w dokumentach oferty przedstawiono wydruk internetowy datowany 20/01 banku Cityhandlowy - dyspozycji przelewu na konto PZU S.A. w innym banku, tj. w PKO BP do polisy TPP Nr 26076289 na kwotę 3 561,00 zł.

W dokumentach oferty przystępującego - Kolumna transportu sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o. na str. 51 załączone zostało odrębne oświadczenie ubezpieczyciela - PZU S.A. o objęciu ochroną ubezpieczyciela szkód z tytułu zakażenia WZW i HIV.

11

W dniu 8 lutego 2016 r., wyznaczając termin do 10 lutego 2016 r., zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdz. II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ”. „Wykonawca nie dołączył do oferty polisy, która posiada rozszerzenie na choroby zakaźne, w tym WZW oraz HIV”.

Odwołujący nie wniósł środka ochrony prawnej na wezwanie go do uzupełnienia ww. dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 lutego 2016 r. podał, że: „*niniejszym przesyła wyjaśnienia Ubezpieczyciela do polisy TPP Nr 26076289 dołączonej przez wykonawcę do oferty. Polisa zawiera klauzulę 66, która dotyczy rozszerzenia zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń,*

zatem spełnia wszelkie wymagania zamawiającego w tym zakresie.”

Odwołujący ponownie załączył tę samą polisę TPP Nr 26076289 wraz z wyjaśnieniem agenta PZU, który ją wystawił - PPH Maxi Ubezpieczenia na Srebrnej B. W., E. O., że „Klauzula 66 dotyczy rozszerzenia zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń. Odpowiedzialność za tę klauzulę PZU ponosi do 2 000 000,00 zł na wszystkie wypadki ubezpieczeniowe oraz do 1 000 000,00 zł na jeden wypadek ubezpieczeniowy w okresie trwania tej polisy (TPP 26076289).”

W powiadomieniu o wyniku przetargu z dnia 19 lutego 2016 r. zamawiający podał, że za najkorzystniejszą ofertę w pakiecie 1 uznał ofertę wykonawcy: Kolumna transportu sanitarnego „TRIOMED” Sp. z o.o., ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin.

III. INFORMACJA O WYKLUCZENIU WYKONAWCÓW

„1. Zamawiający wyklucza Wykonawcę- *Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp.k., ul. Słomińskiego 17/47, 00-195, w zakresie Pakietu nr 1, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w Rozdz. II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie polisy ubezpieczeniowej z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV). Wykonawca, zgodnie z treścią klauzuli nr 66, pkt. 2 ppkt. 3- PZU nie ponosi odpowiedzialności za szkody spowodowane przeniesieniem wirusa HIV. W związku z tym polisa nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Wykonawca nie załączył potwierdzenia opłacenia polisy.”*

IV. INFORMACJA O ODRZUCENIU OFERTY. „Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 20.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych odrzuca oferty wykonawców: *Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp.k., ul. Słomińskiego 17/47, 00-195 Warszawa, w zakresie Pakietu nr 1. (...).*”

Do odwołania odwołujący załączył ponownie odpis polisy TPP 26076289 oraz nowe dokumenty, nie będące przedmiotem uprzedniej oceny zamawiającego, tj.:

12

1) dowód opłacenia Polisy OC w postaci wydruku komputerowego z dnia 25 lutego 2016r. potwierdzenie zrealizowania - obciążenia rachunku odwołującego kwotą 3 561,00 zł z datą realizacji przelewu z dnia 20/01/2016,

2) oświadczenie pracownika ubezpieczyciela odwołującego, tj. PZU S.A. Oddział Regionalny w Warszawie (z 24.02.2016 r.), o następującej treści: „*W odpowiedzi na Państwa pytanie dotyczące zakresu ochrony ubezpieczeniowej wynikającej z wystawionej przez Nas dla Państwa polisy odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności o numerze TPP 26076289 [okres obowiązywania od dnia 24 stycznia 2016 do dnia 23 stycznia 2017 roku] wyjaśniamy, iż:*

a) Polisa o numerze TPP 26076289 stanowi wznowienie wystawionej dla Państwa w ubiegłym roku (na okres od dnia 24 stycznia 2015 roku do dnia 23 stycznia 2016 roku) polisy o numerze IWB 31291105;

b) Zakres obecnie obowiązującej polisy TPP 26076289 jest tożsamy z polisą ubiegłoroczną, co oznacza, iż w stosunku do niej znajdują zastosowanie wszystkie klauzule dodatkowe, na mocy których PZU S.A. przyjął na siebie większy zakres odpowiedzialności;

c) Aktualna polisa TPP 26076289 od dnia jej wystawienia wraz z Aneksiem wystawionym w dniu 22.02.2016 obejmuje w dalszym ciągu odpowiedzialność PZU S.A. z tytułu szkód spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV;

e) w wystawionym aneksie do polisy TPP26076289 (bezsławkowy aneks TA2/26076289) został potwierdzony zakres ubezpieczenia dot. - rozszerzenia odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV z okresem ubezpieczenia 24.01.2016 - 23.01.2017.

Uprzejmie informujemy, iż wygenerowany systemowo bezsławkowy aneks TA2/26076289 do polisy TPP 26076289 ma jedynie znaczenie porządkujące i nie zmienia zakresu odpowiedzialności ubezpieczeniowej Zakładu, która nie uległa zmianie od chwili wystawienia polisy.”

3) aneks do umowy ubezpieczenia pomiędzy odwołującym a ubezpieczycielem PZU S.A. TA2/26076289 wystawiony 22 lutego 2016 r., okres obowiązywania oznaczono od 22 lutego 2016 r. do 23 stycznia 2017 r., w którym agent ubezpieczeniowy PPH Maxi Ubezpieczenia na Srebrnej B. W., E. O. podał, że przyczyną wystawienia aneksu jest błąd w danych: dane nieprawidłowe - klauzula 66 rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody

spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń z wyłączeniem WZW i HIV okres ubezpieczenia 24.01.2016-23.01.2017; dane prawidłowe - klauzula 66 rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV okres ubezpieczenia 24.01.2016-23.01.2017.

13

Zamawiający przyznał, że w poprzednim okresie (i nadal z wolnej ręki) - przedmiotową usługę wykonywał dla niego odwołujący, który posiadał ubezpieczenie OC. Inne wnioskowane dowody przez odwołującego na rozprawie: z polis OC wystawionych przez PZU S.A. na okresy: 24.01.2015 -23.01.2016; 24.01.2014 - 23.01.2015, zgłaszane na okoliczność wykazania, iż polisa aktualna TPP 26076289 stanowi wznowienie poprzednich polis, i na okoliczność wykazania, że w zakres poprzednich polis wchodziła klauzula 66 z rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych, w tym WZW i HIV - dowód ten miał potwierdzać pismo PZU, w którym zwarto oświadczenie, że od dnia wystawienia polisy TPP 26076289 ochrona ubezpieczeniowa obejmowała klauzulę - rozszerzenie odpowiedzialności na choroby zakaźne i zakażenia, w tym WZW i HIV, a także dowód ten miał świadczyć, że Szpital miał wiedzę co do zakresu polisy i ochrony ubezpieczeniowej udzielonej przez PZU S.A. dla odwołującego się. Dowody te potwierdzały, że w treści ww. poprzednich polis - wprost zostało ujęte rozszerzenie odpowiedzialności ubezpieczyciela za zakażenia WZW i HIV - czego brak w aktualnej polisie TPP 26076289.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził że bezzasadnie został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona, mimo że w ustalonych kryteriach wyboru oferty byłaby ona najkorzystniejszą. Był zatem uprawniony, aby skarżyć - jak utrzymywał niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać wykonawcę na poniesienie szkody.

Przepis art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące między innymi pkt 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Stosownie do dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

14

- zamawiający wskazuje o ogłoszeniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 26a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do wskazań wyżej przytaczanych regulacji ustawowych zamawiający żądał w Rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1.lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia -wykazania, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia za szkody majątkowe i osobowe wyrządzone w związku z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV) na wartość nie mniejszą niż:

Pakiet 1 - 1.000.000 zł na jedno i 2.000.000 zł na wszystkie zdarzenia.

Dokumentem odpowiednim na wykazanie spełnienia powyższego warunku w myśl postanowień Rozdziału II pkt 2.1.9. SIWZ było złożenie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia- dotyczy Pakietu 1 i 2. Powyższe odpowiada regulacji § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231), który upoważnia zamawiającego do żądania opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Przedstawiona przez odwołującego w dokumentacji oferty polisa PZU Seria TPP Nr 26076289, która została wystawiona dnia 19 stycznia 2016 r. na okres od 24 stycznia 2016 r.

do 23 stycznia 2017 r., gdzie w tabeli oznaczonej jako: Rozszerzenie podstawowego zakresu ubezpieczenia - Klauzule dodatkowe wskazano: Klauzula 66, mimo że dotyczy rozszerzenia zakresu odpowiedzialności OC o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, to jednak z wyraźnym wyłączeniem zakażeń wirusem HIV, zatem nie wykazywała spełnienia wyznaczonego w SIWZ warunku, że wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej z tytułu prowadzenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia za szkody majątkowe i osobowe wyrządzone w związku z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV).

15

Zasadnie więc zamawiający wezwał odwołującego do trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ, gdyż odwołujący nie dołączył do oferty polisy, która posiada rozszerzenie na choroby zakaźne w zakresie HIV.

Odwołujący nie skorzystał z możliwości zaskarżenia odwołaniem otrzymanego wezwania, jednocześnie się do niego nie podporządkował, przesyłając w odpowiedzi odpis tej samej polisy TPP Nr 26076289. Odwołujący utrzymywał, że wymieniona polisa zawiera klauzulę 66, która dotyczy rozszerzenia zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, zatem spełnia wszelkie wymagania zamawiającego w tym zakresie.

Wobec wyraźnego wyłączenia z klauzuli 66 odpowiedzialności OC wykonawcy za skutki zakażeń w zakresie HIV, zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania. Zamawiający w sposób jednoznaczny zapowiedział w Rozdziale II pkt 12 SIWZ, że wykluczy z postępowania wykonawcę, który:

12.1. Nie spełni warunków określonych w art. 24 ust. 2 pkt. 1-5

12.2. Nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie spełni innych wymagań określonych w ustawie i niniejszej SIWZ (...)

- a oferta wykonawcy, który został wykluczony zostaje uznana za odrzuconą i nie jest rozpatrywana.

Niewątpliwym faktem ustalonym w trakcie postępowania dowodowego jest to, że na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 25.01.2016 polisa złożona przez odwołującego nie obejmowała odpowiedzialności PZU za szkody spowodowane przeniesieniem wirusa HIV. W dniu 9.02.2016 odwołujący przedstawiając pismo brokera ubezpieczeniowego obstawał przy stanowisku, iż polisa jest odpowiednia i załączył tę samą polisę, z której nie wynikało, iż obejmowała ona odpowiedzialność za zakażenie wirusem HIV. Kolejny dowód, że złożona w dniu upływu terminu składania ofert polisa, nie obejmowała ryzyka z tytułu przeniesienia wirusa HIV, to fakt zawarcia dnia 22 lutego 2016 aneksu do wymienionej polisy, gdzie dopiero w treści tego aneksu wskazuje się tzw. *dane prawidłowe* uwzględniające odpowiedzialność za szkody spowodowane przeniesieniem chorób i zakażeń, z powołaniem się na klauzulę 66 z rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV. Iżba podzieliła stanowisko zamawiającego, że są to okoliczności potwierdzające, że na dzień składania ofert ten zakres odpowiedzialności nie był objęty polisą.

Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania oraz podał uzasadnienie faktyczne i prawne tych czynności.

16

Zdaniem Izby, wbrew zarzutom odwołującego, podane uzasadnienie faktyczne było wystarczające, gdyż podawało przyczynę podjęcia zaskarżonej czynności: „Zamawiający w Rozdz. II pkt 1 ppkt 1.1d SIWZ określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie polisy ubezpieczeniowej z rozszerzeniem na choroby zakaźne (w tym WZW i HIV). Wykonawca, zgodnie z treścią klauzuli nr 66, pkt. 2 ppkt. 3- PZU nie ponosi odpowiedzialności za szkody spowodowane przeniesieniem wirusa HIV. W związku z tym polisa nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Wykonawca nie załączył potwierdzenia opłacenia polisy.”

Powiadomienie zawiera również podanie podstawy prawnej wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu nr 1, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Następuje to z mocy prawa, tak więc przywołanie w odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, mówiącego o odrzuceniu oferty, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania i odnoszącego się co do zasady do trybów postępowania wielostopniowych (przetargu ograniczonego), pozostawało bez wpływu na prawidłowość czynności zamawiającego.

Biorąc także pod uwagę wcześniejszą korespondencję stron oraz treść przedstawionego wykonawcy uzasadnienia powodów wyeliminowania go z przetargu, Izba uznała, że zakres uzasadnienia tak prawnego jak i faktycznego, był wystarczający, a odwołujący miał pełną wiedzę z jakich przyczyn został wykluczony, i w żadnym stopniu nie doznał utrudnień w podjęciu obrony własnej oferty.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierające błędy (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert.

17

Odwołujący dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą - zgłoszonymi dowodami, a zwłaszcza aneksem do umowy ubezpieczenia pomiędzy odwołującym a ubezpieczycielem PZU S.A. TA2/26076289 wystawionym 22 lutego 2016 r., gdzie okres jego obowiązywania oznaczono od 22 lutego 2016 r. do 23 stycznia 2017 r., w którym agent ubezpieczeniowy PPH Maxi Ubezpieczenia na Srebrnej B. W., E. O. podał, że przyczyną wystawienia aneksu jest błąd w danych: dane nieprawidłowe - klauzula 66 rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń z wyłączeniem WZW i HIV okres ubezpieczenia 24.01.2016-23.01.2017; dane prawidłowe - klauzula 66 rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV okres ubezpieczenia 24.01.2016-23.01.2017 - starał się wykazać, że zakres ubezpieczenia według złożonej polisy był faktycznie odpowiedni, lecz błąd w jej treści popełnił ubezpieczyciel.

Nie można było pominąć, że w wyniku wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu polisy OC, odwołujący z uporem utrzymywał, że ta polisa którą przedłożył jest właściwa. W postępowaniu odwoławczym odwołujący stracił konsekwencję i przyznał poprzez sam fakt złożenia aneksu do polisy, iż uprzednio - „klauzula 66 rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody spowodowane przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, przewidywała wyłączenie HIV.

Odwołujący nie wykorzystał szansy, jaką stwarzało wezwanie zamawiającego do uzupełnienia prawidłowego dokumentu polisy ubezpieczenia OC prowadzonej działalności w zakresie wymaganym w SIWZ. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny, i nie może być ponawiane w odniesieniu do tego samego dokumentu. W ocenie

lżby treść wezwania była w pełni zrozumiała i jasna. Odwołujący nie zwracał się również o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentu.

Należało również mieć na względzie, iż możliwość uzupełniania dokumentów jaką stwarza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co do zasady nie dotyczy wytwarzania nowych dokumentów po upływie terminu składania ofert, w tym przetargu wyznaczonego na 25 stycznia 2016 r., ale wyłącznie dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy przed upływem terminu składania ofert i tylko przez przeoczenie nie zostały załączone w dokumentacji oferty.

Pogląd taki potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE stanowiąc wiążące wytyczne interpretacyjne. W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał orzekł: „(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45 -50 lub o ich wyjaśnienie.”

18

(39) Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń. Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje: „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Mając więc na uwadze:

- 1) obowiązujący przepis art. 267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż „Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty.”
- 2) wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa: „Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w świetle wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą.”

Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą. Nie mogły więc być brane pod uwagę dodatkowe dokumenty, wystawiane i przedłożone zamawiającemu po upływie terminu składania ofert, czy złożone jako dowody w sprawie odwoławczej.

Przedłożony jako jeden z dowodów w postępowaniu odwoławczym - aneks do umowy ubezpieczenia pomiędzy odwołującym a ubezpieczycielem PZU S.A. TA2/26076289 wystawiony 22 lutego 2016 r., który okres obowiązywania oznacza od 22 lutego 2016 r. do 23 stycznia 2017 r., a więc po upływie terminu składania ofert - nie wykazuje zatem nawet zdolności wykonawcy do prawidłowego uzupełnienia ustalonego braku.

Izba nie uznała za wiarygodne stanowiska pracownika PZU S.A. zawartego w przedstawionym piśmie z dnia 24 lutego 2016 r., że: „Zakres obecnie obowiązującej polisy

19

TPP 26076289 jest tożsamy z polisą ubiegłoroczną, co oznacza, iż w stosunku do niej znajdują zastosowanie wszystkie klauzule dodatkowe, na mocy których PZU S.A. przyjął na siebie większy zakres odpowiedzialności.

c) Aktualna polisa TPP 26076289 od dnia jej wystawienia wraz z Aneksem wystawionym w dniu 22.02.2016 obejmuje w dalszym ciągu odpowiedzialność PZU S.A. z

tytułu szkód spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń, w tym WZW i HIV.

Nie do przyjęcia była argumentacja odwołującego, że wznowienie polisy stanowiło przedłużenie niezmiennie przedmiotowo, w szczególności co do zakresu i klauzul - poprzedniej polisy, którą posługiwał się odwołujący przez ostatnie dwa lata świadczenia usług dla zamawiającego na podstawie umowy o numerze: DZP/270/286- 79/14 podpisanej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeżeli wymagania w ówczesnym przetargu - były dla polis identyczne.

Po pierwsze, nawet przy kontynuacji danego rodzaju ubezpieczenia, nie wyklucza się modyfikacji postanowień nowej polisy, chociażby z uwagi na aktualizowane przez ubezpieczyciela warunki.

Po drugie, wątpliwa jest sama możliwość częściowego stosowania klauzuli 66 do polisy deliktowo-kontraktowej klienta korporacyjnego według OWU PZU S.A., skoro klauzula ta wprost wyłącza odpowiedzialność za szkody spowodowane przeniesieniem HIV. Przynajmniej wymagałoby to wyraźnego potwierdzenia w treści samej polisy, tak jak zostało to uczynione w poprzednich polisach ubezpieczenia OC odwołującego Nr IWB/31291105 i HWB/31291102 przez tego samego ubezpieczyciela PZU S.A. na okresy: 24.01.2015 - 23.01.2016; 24.01.2014 - 23.01.2015; w zakres poprzednich polis wchodziła klauzula 66 z rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych, w tym WZW i HIV, czego w polisie załączonej do dokumentacji oferty odwołującego Seria TPP Nr 26076289 brak.

Po trzecie, zawsze liczy się przyjęte przez ubezpieczyciela zobowiązanie w zakresie ryzyk i odpowiedzialności, potwierdzone obustronnie zawartym dokumentem ubezpieczenia.

Na mocy aneksu do umowy ubezpieczenia pomiędzy odwołującym a ubezpieczycielem PZU S.A. TA2/26076289 wystawionego 22 lutego 2016 r., należałoby przyjąć, że odpowiedzialność ubezpieczyciela w odniesieniu do nowego ryzyka jakim jest przeniesienie wirusa HIV obowiązuje od daty jego wystawienia, tj. od 22 lutego 2016 r.

Ponownie wzywanie o uzupełnienie tych samych dokumentów w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, a zamawiający był zobligowany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał w wyznaczony sposób spełnienia warunków

20

udziału w postępowaniu i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zachodziła na tyle jednoznaczna sytuacja, że jakiegokolwiek dalsze wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczące wyżej omawianej polisy Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że trafny był także zarzut, iż wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. k. nie przedłożył odpowiedniego dowodu opłacenia składki. Został złożony wydruk komputerowy polecenia dokonania przelewu na konto ubezpieczyciela w innym banku. Zgodnie z art. 454 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp zapłata składki od umowy ubezpieczenia ma charakter pieniężny, a więc stanowi dług oddawczy, uznawany za zrealizowany z chwilą wpływu oznaczonej kwoty na rachunek wierzyciela. Wobec powyższego, prawidłowym dowodem opłacenia składki może być potwierdzenie banku ubezpieczyciela, lub odrębne potwierdzenie okoliczności wpłaty składki przez samego ubezpieczyciela, o ile fakt ten nie został odnotowany w treści polisy. Przepis § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) w związku z art. 26a ustawy Pzp, wymaga przedłożenia w postępowaniu przetargowym dowodu opłaconej polisy na moment nie późniejszy niż upływ terminu do złożenia oferty, w tym przypadku do 25 stycznia 2016 r., bez względu na to, że ubezpieczyciel wyznaczył dłuższy termin uiszczenia składki - do 29 stycznia 2016 r.

Wykonawca ponosi skutki przedłożenia w postępowaniu przetargowym wadliwych dokumentów, wystawianych na jego zlecenie przez różne instytucje, gdyż działając z zawodową starannością, zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, winien sprawdzić prawidłowość i kompletność dokumentów załączanych do oferty.

W ustalonym stanie faktycznym i prawnym sprawy zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo nie zaistnienia przesłanek do dokonania takiej czynności;

2. art. 22 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania opłaconej polisy OC zgodnej z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), podczas gdy odwołujący przedmiotowe warunki spełniał (i spełnia) i może wziąć udział w postępowaniu;

21

3. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;

4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy OC składanej przez odwołującego w postępowaniu pomimo posiadania możliwości ku temu;

5. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której kwestia zakresu odpowiedzialności jaki obejmowała polisa OC odwołującego mogłaby w ocenie zamawiającego być niejasna lub wymagać wyjaśnień;

6. naruszenie art. 82 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

7. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty odwołującego, mimo posiadania możliwości ku temu oraz poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień;

8. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta odwołującego była zgodna z SIWZ i nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia;

9. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki, tj. wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i wobec tego nie powinien zostać wykluczony z postępowania;

10. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nie podanie podstawy prawnej wykluczenia odwołującego

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Przywołane przez odwołującego rzekomo naruszone przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. art. 82 ust. 3 Pzp w ogólności nie znajdowały zastosowania w niniejszym stanie faktycznym sprawy, dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny spełnienia wymienionych warunków podmiotowych. Inaczej mówiąc weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Zamawiający wyraźnie zapowiedział w Rozdziale II pkt 13 SIWZ, że oferta wykonawcy, który został wykluczony - zostaje uznana za odrzuconą i nie jest rozpatrywana. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. art. 82 ust. 3 Pzp odnoszą się do merytorycznej treści oferty, jako zobowiązania wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonych świadczeń opisanych w przedmiocie zamówienia, które zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie podlegały ocenie z mocy art. 24 ust. 4 tej ustawy - w następstwie uznania oferty odwołującego za odrzuconą (odrzućenia oferty).

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

22

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

23

