

WYROK

z dnia 18 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2018 r. przez wykonawcę

M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe „AN-MAR” M. J., ul. Wodna 5a, 74-100 Gryfino

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Zespół Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim

ul. Szymanowskiego 11, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski

przy udziale wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe „AN-MAR” M. J. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe „AN-MAR” M. J. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Zamawiający - Zespół Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „transport bez nadzoru medycznego (leżących, na wózkach inwalidzkich, chodzących) na dializę i odwóz po wykonanej dializie na terenie Ostrowca Świętokrzyskiego i okolic” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 kwietnia 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 546558. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe „AN-MAR” M. J. wniósł odwołanie wobec niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, nieodrzućenia oferty tego wykonawcy i niedokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. do złożenia polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dotyczącej sytuacji ekonomicznej

i finansowej, określonej w rozdziale II pkt 2.2 i w rozdziale III.1) pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 i 3 i art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i braku wykluczenia wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału

w postępowaniu dotyczący odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, określony w rozdziale II pkt 2.2 i w rozdziale III.1) pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy z załączonej przez tego wykonawcę polisy i dowodów opłacenia składki nie wynika, iż wykonawca ten w dacie składania ofert spełniał ww. warunek udziału w postępowaniu oraz warunek stawiany środkom transportu spełniania normy EN 1789, wskazany w odpowiedzi na pytanie 2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. jako wykonawcy wykluczonego z postępowania,

4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania, że oferta złożona przez wykonawcę Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,

5. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie jego właściwego zastosowania, przejawiające się tym, że wybrano jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, która to oferta w przypadku wykluczenia wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego

w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Stosownie do art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Na podstawie art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków udziału

w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zamawiający sformułował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności na wartość nie niższą niż 100.000 złotych (rozdział II pkt 2.2).

Z kolei w rozdziale III.1) pkt 2 Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jak wynika z treści załączników do pisma wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. z 27 kwietnia 2018 r., wykonawca ten przedłożył jako dowód na spełnienie tego kryterium udziału w postępowaniu polisę ubezpieczeniową nr 436000132280 zawartą przez NAPRZÓD S.A. z Sopotkim Towarzystwem Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółką Akcyjną, obejmującą ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. Do polisy dołączono także aneks nr 2 rozszerzający podmioty ubezpieczone wymienione w pierwotnej treści polisy o wykonawcę Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. wraz z wyciągami z rachunków bankowych NAPRZÓD S.A. potwierdzającymi opłacenie składki ubezpieczeniowej.

Opisany wyżej warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy, a nie zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia - ubezpieczenie przedkładane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest innym ubezpieczeniem niż ubezpieczenie, jakie będzie musiało zostać ustanowione w toku realizacji zamówienia, np. ubezpieczenie danej inwestycji. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2444/17 wskazano, że 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 zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także 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.

Przedstawione przez wykonawcę Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. dokumenty mające potwierdzać znajdowanie się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej lub finansowej warunkującej spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie tylko nie potwierdzają spełnienia stawianego przez Zamawiającego warunku, gdyż umowa ubezpieczenia została zawarta przez inny podmiot, a wykonawca w umowie ubezpieczenia figuruje tylko jako ubezpieczony, a nie jako ubezpieczający, ale wręcz potwierdzają, że sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. jest taka, że nie był on w stanie samodzielnie ponieść kosztu ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej. Zamawiający błędnie więc przyjął, że wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. spełnił ten warunek udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia polisy ubezpieczeniowej zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż przedstawiona polisa ubezpieczeniowa nie spełniała wymogów specyfikacji, albo ofertę wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. odrzucić, jeżeli uznałby, że nawet w przypadku uzupełnienia dokumentu ofertę wykonawcy i tak należałoby odrzucić.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 9.2 lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznika nr 6 do specyfikacji Zamawiający wymagał zapewnienia trzech pojazdów. Wraz

z pismem z 27 kwietnia 2018 r. wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych w formie oświadczenia według załącznika nr 6 i kserokopie dowodów rejestracyjnych. Według tego

oświadczenia wykonawca ten przeznaczył do realizacji umowy trzy pojazdy sanitarne oraz pojazd dodatkowy. Co do wszystkich pojazdów wykonawca wskazał, że znajdują się one we własnych zasobach wykonawcy, co jest sprzeczne z treścią dowodów rejestracyjnych. Zgodnie z treścią dowodów rejestracyjnych dwóch z tych pojazdów, są one własnością PKO Bankowy Leasing Sp. z o.o., co oznacza, że nie są w zasobach wykonawcy, skoro nie przedłożył on żądanej umowy, na podstawie której pojazdy znajdowałyby się w jego dyspozycji.

Przed upływem terminu składania ofert zostało zadane Zamawiającemu pytanie, czy

oferowane pojazdy powinny spełniać normę EN 1789, na które zamawiający odpowiedział, że tak. Wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. zaoferował do wykonania zamówienia pojazdy ze wskazanym rokiem produkcji: jeden - 2009 rok i dwa 2011 rok. Norma EN 1789 została publikowana 28 stycznia 2011 roku. Zaoferowane pojazdy, a w szczególności pojazd wyprodukowany w 2009 roku, nie spełniają więc, wbrew oświadczeniu wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o., ww. normy. Odwołujący wniósł o nakazanie wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. złożenia certyfikatów i dokumentacji potwierdzających przez ww. pojazdy spełnienie normy EN 1789 i w razie jej złożenia o przeprowadzenie z niej dowodu na okoliczność, że pojazdy te nie spełniają normy EN 1789, a jeżeli wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. nie przedłoży tych certyfikatów, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu mechaniki pojazdów na okoliczność, że pojazdy nie spełniają normy EN 1789.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że w rozdziale III.1) pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienił, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Złożona na wezwanie Zamawiającego polisa wraz z opłaconą składką potwierdza fakt, że Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Ponieważ Zamawiający nie wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby wykonawcy byli „ubezpieczającym”, lecz że posiadają ubezpieczenie, uznał warunek za spełniony bez konieczności ponownego wzywania do wyjaśnienia złożonej polisy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Odnosnie zarzutu, że wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż z załączonych dowodów rejestracyjnych pojazdów wynika, że część pojazdów nie jest własnością wykonawcy, lecz leasingodawcy, Zamawiający nie stawiał wymogu posiadania na własność pojazdów, którymi będzie świadczył usługę transportu. W oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia prosił jedynie o wskazanie podstawy dysponowania w związku ze złożonym wraz z ofertą oświadczeniem, w którym wykonawca informuje, czy korzysta z zasobów osób trzecich. Wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. takie oświadczenie złożył, potwierdzając zadysponowanie do realizacji przyszłej umowy pojazdy spełniające wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast w zakresie zarzutu Odwołującego w związku z odpowiedzią Zamawiającego udzieloną na pytanie o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „czy oferowane pojazdy powinny spełniać normę EN 1789”, na które zamawiający odpowiedział „tak”, to udzielając odpowiedzi Zamawiający nie zmienił formy, w jakiej należało złożyć potwierdzenie spełniania warunku, czyli oświadczenia. W tym oświadczeniu wykonawca potwierdził spełnianie warunków, zatem żądanie Odwołującego dotyczące konieczności uzupełnienia jego oferty o certyfikaty i dokumentację potwierdzającą spełnienie przez te pojazdy normy EN 1789 jest bezpodstawne.

Ponadto Zamawiający zakwestionował wskazany przez Odwołującego interes w złożeniu odwołania ze względu na to, że gdyby oferta złożona przez Odwołującego została oceniona

jako najkorzystniejsza i Zamawiający miałby dokonać badania Odwołującego pod kątem podlegania wykluczeniu, byłby zmuszony zastosować art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przewidział bowiem fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczące wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Sytuacja ta dotyczy Odwołującego, który, realizując poprzednie zamówienie publiczne, nienależycie wykonał zamówienie, czego na pewno ma świadomość. Zamawiający, tak jak w obecnym postępowaniu, wymagał, aby wykonawca dysponował pojazdem do przewożenia pacjentów w pozycji leżącej, co wykonawca wykazał w swojej ofercie. Kiedy Zamawiający zlecił taki transport, wykonawca odmówił jego wykonania z uwagi na fakt, że pojazd pierwotnie zadysponowany do realizacji umowy został przesunięty do innego miasta i Zamawiający został zmuszony do szukania innego wykonawcy do cyklicznych przewozów pacjenta leżącego, co jest w stanie udowodnić. O braku profesjonalizmu Odwołującego w realizowaniu zamówień publicznych świadczy również fakt uchylenia się od zawarcia umowy w poprzednim postępowaniu przetargowym. Zamawiający nie kwestionuje prawa wykonawcy do uchylenia się od zawarcia umowy, lecz wskazuje na sposób, w jaki to uczynił: nie poinformował Zamawiającego o odmowie zawarcia umowy po wyborze jego oferty, ale informację przysłał w przeddzień Świąt Wielkanocnych, przy czym posłużył się szantażem, uzależniając podpisanie umowy od spłaty kar umownych naliczanych za uchybienia, wynikłych z realizacji poprzedniej umowy.

III Stanowisko przystępującego Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z obowiązujących przepisów prawa nie wynika obowiązek samodzielnego ubezpieczenia się przez wykonawcę od odpowiedzialności związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej. Z punktu II.2.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności na wartość nie niższą niż 100.000,00 zł. Przystępujący przedstawił polisę,

z której wynika takie ubezpieczenie. Nie wskazano przy tym wymogu, aby wykonawca był ubezpieczającym, a nie tylko ubezpieczonym.

Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skoro zatem Zamawiający nie uściślił, czy wymóg, o którym mowa

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ma być spełniony przez przedstawienie polisy, w której wykonawca jest oznaczony nie tylko jako ubezpieczony, ale i jako ubezpieczający, to brak podstaw do wywodzenia wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu wziąć udział mogli jedynie wykonawcy, którzy samodzielnie zawarli umowę ubezpieczenia OC od prowadzonej działalności. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wyrok o sygn. KIO 2444/17 nie dokonuje w tej mierze żadnego rozróżnienia; wręcz przeciwnie - w wyroku tym stwierdzono, że stawianie warunku udziału takiego jak w przedmiotowym postępowaniu ma na celu jedynie zweryfikować zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a nie ubezpieczającym, jeżeli zaś ubezpieczyciel zdecydował się objąć takiego wykonawcę ochroną, to przesądza to o daniu przez wykonawcę rękojmi należytego wykonania zamówienia. Nie istnieje w orzecznictwie ani w doktrynie prawa potwierdzenie takiej tezy, jaką postawił Odwołujący.

Zawarcie umowy ubezpieczenia przez Naprzód S.A. na rzecz Przystępującego wcale nie świadczy o tym, że nie posiada on środków niezbędnych do samodzielnego zawarcia umowy ubezpieczenia. Przystępujący należy do grupy kapitałowej Naprzód S.A. (świadczy o tym m.in. posiadanie przez tę spółkę większości udziałów w spółce Przystępującego), w związku z czym Naprzód S.A. zawarła umowę ubezpieczenia dla wszystkich podmiotów wchodzących w skład tej grupy (ponad 20 podmiotów) ze względów ekonomicznych. Działając w ten sposób lider grupy kapitałowej mógł wynegocjować stawkę ubezpieczenia łącznie dla całej grupy, dzięki czemu nie musi zawierać osobnych umów dla wszystkich tych podmiotów i czuwać nad upływem ich terminu obowiązywania. Działanie Naprzód S.A. jest efektem sprawnego zarządzania wieloma podmiotami dla osiągnięcia tzw. efektu skali. Zawieranie umowy dla wszystkich podmiotów z grupy nie jest zatem przejawem słabości poszczególnych jej podmiotów, ale prawidłowego gospodarowania. Zarzut, że Przystępujący powinien był przedstawić umowę ubezpieczenia, której jest stroną jako ubezpieczający, nie przystaje zatem nie tylko do obowiązujących przepisów prawa, ale i realiów prowadzenia działalności gospodarczej.

Bezzasadny jest także zarzut, zgodnie z którym Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez fakt załączenia kserokopii dowodów rejestracyjnych pojazdów, z których wynika, że część z tych pojazdów jest własnością leasingodawcy. Przystępujący złożył oświadczenie na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym dysponuje on tymi pojazdami. Zamawiający w punkcie II.2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób opisał ocenę spełnienia tego warunku: Zamawiający uzna, że warunek został spełniony, jeżeli wykonawca potwierdzi w formie oświadczenia według załącznika nr 6 rodzaj i wiek samochodów wraz z kserokopią dowodów rejestracyjnych pojazdów wymienionych w ww. załączniku, z którego będzie wynikać, że pojazdy spełniają wymagania zawarte w rozdziale I.

W rozdziale I zaś - w punkcie 1.9.2.a) i b) Zamawiający oczekiwał jedynie podstawienia odpowiednich pojazdów, nie zaś wykazania, że stanowią one własność wykonawcy. Przystępujący nie wskazał ponadto w ofercie, że pojazdy stanowią jego własność, ale że pochodzą one z jego własnych zasobów, co miało na celu odróżnienie posiadania własnych pojazdów, choć wziętych w leasing, od sytuacji, w której wykonawca powołuje się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego (art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych).

Podmiot wskazany w dowodzie rejestracyjnym pojazdu to nie właściciel w rozumieniu prawa cywilnego, ale jedynie podmiot, który dokonał rejestracji pojazdu. Wykonywanie działalności gospodarczej za pomocą narzędzi wziętych w leasing, najem czy dzierżawę jest powszechnie przyjętym modelem działalności gospodarczej. Sam fakt dysponowania przez Przystępującego dowodami rejestracyjnymi tych pojazdów świadczy o tym, że jest on ich posiadaczem.

Sąd Okręgowy dla Warszawy-Pragi w Warszawie w wyroku z 8 kwietnia 2011 r., sygn. IV Ca 180/11 stwierdził, że w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy - dysponują nimi jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniające dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wynika z tego wniosek, że Przystępujący trafnie przedstawił w ofercie posiadane pojazdy jako dysponowanie w ramach jego zasobów własnych. Chybiony jest przy tym zarzut, że Przystępujący powinien był przedłożyć Zamawiającemu umowę, na mocy której ma on tytuł

prawny do wskazanych pojazdów. Obowiązek taki nie wynika ze specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, co sprawia, że nie można go domniemywać.

Wartość przedmiotowego postępowania jest niższa niż kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, co sprawia, że zastosowanie znalazł art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie miał zatem obowiązku wzywać Przystępującego do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, lecz mógł poprzestać na odebraniu oświadczenia w tym względzie. Działanie Zamawiającego w tej mierze było prawidłowe, a Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu przez wykazanie dysponowania odpowiednią liczbą pojazdów do realizacji zamówienia.

Zarzut, iż przedstawione w ofercie przez Przystępującego pojazdy nie spełniają normy PN EN 1789, gdyż norma ta została opublikowana w 2011 roku, jest zupełnie chybiony. Pierwszą normą z tej kategorii jest norma PN-EN 1789:2002. Nie jest już ona normą obowiązującą; zgodnie z załącznikiem nr 3 do zarządzenia nr 64/2016/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z 30 czerwca 2016 r. w sprawie określenia warunków

zawierania i realizacji umów w rodzaju ratownictwo medyczne, pojazdy przeznaczone do tego typu transportu muszą spełniać aktualnie obowiązującą normę. Normą obowiązującą w stosunku do przewozu osób niepełnosprawnych jest norma PN EN 1789:2007+A2:2014, tj. do przewozu osób nie wymagających opieki medycznej w liczbie więcej niż jedna (A2). Pojazdy posiadane przez Przystępującego, wskazane w ofercie, to pojazdy specjalne sanitarne, które zostały wyprodukowane w 2009 i 2011 roku.

Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż dysponuje wskazanymi pojazdami, a pojazdy te spełniają wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego w punkcie 9.2.b, co wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma więc podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego wykonawcy.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zakwestionował interes Odwołującego w złożeniu odwołania wskazując, że gdyby oferta Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza i Zamawiający dokonywałby badania Odwołującego pod kątem podlegania wykluczeniu, byłby zmuszony zastosować art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zauważyła jednak, że niezależnie od faktu, czy takie przesłanki wykluczenia rzeczywiście zachodziłyby w stosunku do Odwołującego, dotychczas nie został on z tego postępowania wykluczony, zatem jest pełnoprawnym uczestnikiem tego postępowania, któremu przysługują wszelkie uprawnienia wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych dokumentów) nie jest sporny pomiędzy Stronami. Sporowi podlega jedynie ocena konsekwencji przedstawionych dokumentów.

Izba uznała, że żaden z zarzutów odwołania nie potwierdził się, odwołanie nie zasługuje więc na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. do złożenia polisy ubezpieczenia OC oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 2 i 3 i art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z udziału

w postępowaniu Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu

o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że warunki udziału

w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (art. 22c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jak wskazuje art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może

w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z udziału

w postępowaniu wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału

w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z wymogiem rozdziału II pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności na wartość nie niższą niż 100.000 złotych.

W rozdziale III pkt 1 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należało przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Przystępujący, na wezwanie Zamawiającego, przedłożył polisę ubezpieczeniową zawartą przez NAPRZÓD S.A. z Sopockim Towarzystwem Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A., obejmującą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. Do polisy dołączono także aneks nr 1 oraz aneks nr 2, który rozszerzył liczbę podmiotów ubezpieczonych w ramach tej polisy o spółkę Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o., a także wyciągi z rachunków bankowych spółki NAPRZÓD S.A. potwierdzające opłacenie składki ubezpieczeniowej. Jako ubezpieczający została wskazana spółka NAPRZÓD S.A.

Jak wyjaśnił Przystępujący, należy on do grupy kapitałowej NAPRZÓD, co potwierdza informacja w KRS o wspólnikach spółki.

Lzba uznała stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego za prawidłowe. Z powyżej zacytowanych postanowień specyfikacji wynika jednoznacznie, że warunkiem udziału w postępowaniu było to, by wykonawcy posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, a składane dokumenty miały potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony. Istotne zatem było samo posiadanie ubezpieczenia przez wykonawcę, a nie tożsamość podmiotu ubezpieczającego. Tym samym przedkładając przedmiotową polisę Przystępujący potwierdził fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a ubezpieczenie to jest odpowiednie.

Owszem, w orzecznictwie wskazuje się na zdolność finansową podmiotu do uzyskania ubezpieczenia i pokrycia składki ubezpieczeniowej, jednak nie to jest istotą ubezpieczenia. Istotne jest bowiem, żeby podmiot był ubezpieczony, co zwiększa jego wiarygodność ekonomiczną. W zdolności do uzyskania ubezpieczenia i opłacania składki najczęściej odnosi się do danego wykonawcy, ponieważ zazwyczaj on sam jest i ubezpieczonym, i ubezpieczającym. Nie oznacza to jednak, że ubezpieczającym nie może być też inny podmiot. Ubezpieczanie całej grupy kapitałowej w ramach jednej polisy jest częstą praktyką, która sama w sobie nie była kwestionowana w orzecznictwie i jest uznawana za dopuszczalną. Główną kwestią sporną w takich przypadkach jest najczęściej podział sumy ubezpieczenia pomiędzy współubezpieczone podmioty (czy jest ona odpowiednia do wymagań warunku). W tym przypadku jednak nie było to kwestionowane, a suma ubezpieczenia (20.000.000) znacząco przewyższa żądanie Zamawiającego. Rozpatrując zaś sprawę w innym aspekcie można zauważyć, że przynależność do silnej grupy kapitałowej raczej zwiększa niż zmniejsza wiarygodność ekonomiczną danego wykonawcy.

Tym samym, w ocenie Lzby, wymóg Zamawiającego został spełniony i nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania, czy też wzywania go do uzupełnienia dokumentów.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący nieprawidłowego spełnienia wymogów

Zamawiającego dotyczących pojazdów do realizacji usługi.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 9.2 lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

załącznika nr 6 do specyfikacji Zamawiający wymagał zapewnienia trzech pojazdów.

W rozdziale II specyfikacji, dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zamawiający uzna, że

warunek został spełniony, jeżeli wykonawca potwierdzi w formie oświadczenia według

załącznika nr 6 rodzaj i wiek samochodów „wraz z kserokopią dowodów rejestracyjnych

pojazdów” wymienionych w ww. załączniku, z którego będzie wynikać, że pojazdy spełniają wymagania zawarte w rozdziale I.

Przystępujący Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED Sp. z o.o. złożył wykaz narzędzi,

wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych w formie oświadczenia według załącznika

nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów.

Jak wynika z przedstawionego wykazu wykonawca ten przeznaczył do realizacji umowy trzy

pojazdy sanitarne, podając m.in. ich markę i numery rejestracyjne. Co do wszystkich

pojazdów wykonawca w kolumnie „Podstawa dysponowania”, wskazał, że stanowią one

zasoby własne wykonawcy. Z załączonych dowodów rejestracyjnych wynika, że dwa z tych pojazdów stanowią własność PKO Bankowy Leasing Sp. z o.o. Jak wyjaśnił Przystępujący, pojazdy te znajdują się w leasingu.

Przystępujący przedstawił zatem dokument wymagany przez Zamawiającego, a nie ma

obowiązku przedstawiania dokumentów niewymaganych - co do zasady zamawiający nie może ich także żądać, poza wyjątkami, takimi jak podejrzenie wprowadzenia go w błąd

poprzez przekazanie nieprawdziwych informacji. W tym przypadku Przystępującemu nie postawiono jednak takiego zarzutu.

Ma również rację Przystępujący, że w orzecznictwie - dla uproszczenia - pojazdy posiadane w ramach leasingu uważa się za zasób własny wykonawcy - pod warunkiem, że

(w uproszczeniu) jest to typowy leasing prowadzony przez banki lub spółki leasingowe, długoterminowy, w którym pojazdy oddano wykonawcy do swobodnego dysponowania w celu prowadzenia działalności gospodarczej, a nie krótkoterminowy leasing (najem) w celu wykonania danego zamówienia. Wynika to m.in. z tego powodu, że niecelowe i zbyt uciążliwe byłoby żądanie od banków dokumentów dotyczących niepodleganiu wykluczeniu z postępowania.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego ze względu na niespełnienie warunku stawianego środkiem transportu spełniania „normy EN 1789”, wskazanego w odpowiedzi na pytanie 2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, w kwestii formalnej należy wskazać, że przedmiotowy wymóg nie stanowił warunku udziału w postępowaniu, lecz dotyczył wymagań wobec pojazdów przeznaczonych do wykonywania usługi, wymienionych w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym w grę wchodziłoby raczej odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - choć i ta okoliczność nie została potwierdzona.

Nie było sporne, że pojazdy mają spełniać wymogi przedmiotowej normy, co potwierdziła odpowiedź na pytanie do specyfikacji. Odwołujący ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy nie wskazał na pełną nazwę tej normy, podobnie jak Zamawiający. Przystępujący wyjaśnił zaś, że chodzi o normę PN EN 1789:2007+A2:2014 dotyczącą przewozu osób niepełnosprawnych, osób nie wymagających opieki medycznej w liczbie więcej niż jedna; zastąpiła ona normę PN-EN 1789:2002.

Po zapoznaniu się z treścią zarzutu i jego uzasadnieniem Izba uznała, że zarzut ten nie może zostać uwzględniony. Odwołujący wysnuł jedynie tezę opartą na dacie produkcji pojazdów, nie popartą jakimikolwiek konkretnymi wskazaniem, jakie są wymogi tej normy i których to wymogów normy pojazdy nie spełniają. Nie wskazał także na różnice pomiędzy normą, jak twierdzi Odwołujący - wprowadzoną w roku 2011 - a normą poprzednio obowiązującą z roku 2002. Z logicznego punktu widzenia nie jest także prawidłowa prosta konkluzja, że rok produkcji kategorycznie przesądza o braku spełniania wymogów normy - przede wszystkim pojazdy w każdym czasie mogły zostać do wymagań normy dostosowane. Co do wniosków dowodowych Odwołującego, to, jak podkreślił Przystępujący, a Odwołujący

nie zaprzeczył, standardowo nie przeprowadza się certyfikacji na zgodność z normą PN EN 1789:2007+A2:2014 - trudno więc żądać od Przystępującego certyfikatów. Rolą biegłego w postępowaniu odwoławczym nie jest zaś przeprowadzanie badań pojazdów w celu poszukiwania argumentów dla strony.

Ze względu na niepotwierdzenie się powyższych zarzutów, nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące konsekwencji zaniechania wykluczenia wykonawcy, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu oraz nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: