

Sygn. akt: KIO 2558/18

WYROK
z dnia 20 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j.** z siedzibą w Łodzi przy ul. Wólczańskiej 66 (90-516 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy w Warszawie** z siedzibą w Warszawie przy al. Solidarności 127 (00-898 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **JM DATA Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Trakt Lubelski 233 (04-667 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j.** z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych” (znak postępowania: ZP/OG/20/18), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2018 r., pod numerem 2018S 176-398437.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca PRAXIS Łódź P. i P. Sp. j. z siedzibą w Łodzi zwany dalej: „odwołującym” w dniu 11 grudnia 2018 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, i nie wykluczenie i następnie odrzucenie oferty JM Data sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „przystępującym”) pomimo, że oferta ww. wykonawcy podlega wykluczeniu i odrzuceniu oraz anulowanie przez zamawiającego bez podstawy prawnej kilku czynności tj.:
 - a) wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,
 - b) odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
 - c) wezwania wystosowanego do odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że zamawiający dokonał unieważnienia powyższych czynności na skutek pojawienia się nowych okoliczności w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez nie wykluczenie przystępującego, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, na skutek braku aktualnej polisy OC w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nie odrzuceniu oferty przystępującego, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert oraz spełniającej warunki udziału w

postępowaniu, postawione przez zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty przystępującego;
- wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, jako wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów poniesionych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w przedmiocie rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, bowiem jego oferta z kwotą ofertową w wysokości 1.242.424,01 zł brutto oraz odbiorem zużytych pojemników, jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co uzasadnia prawo do złożenia niniejszego odwołania mocą art. 179 ust. 1 Pzp, zaś wybór niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oferty stanowi istotne naruszenie interesu prawnego i faktycznego odwołującego.

Jak wskazał odwołujący w uzasadnieniu odwołania, zamawiający pismem nr SZP-26-102/18 z dnia 23 listopada 2018 r. poinformował wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu w tym także odwołującego o wykluczeniu z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oferta tego wykonawcy została w konsekwencji odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do treści art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednocześnie w tym samym dniu tj. 23 listopada 2018 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego wezwanie do złożenia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, jako

wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę (po odrzuceniu oferty przystępującego) z terminem uzupełnienia dokumentów do dnia 4 grudnia 2018 r. Odwołujący przekazał dokumenty zamawiającemu w dniu 29 listopada 2018 r. Czynność badania przez zamawiającego dokumentów złożonych przez odwołującego nie została przez zamawiającego wykonana, o czym w piśmie z dnia 1 grudnia 2018 r. poinformował zamawiający, wskazując, że odstąpił od badania dokumentów złożonych przez odwołującego w związku z unieważnieniem czynności wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wezwania z art. 26 ust. 1 Pzp odwołującego.

W opinii odwołującego powyższa informacja zamawiającego o unieważnieniu czynności wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wezwania z art. 26 ust. 1 Pzp odwołującego jest sprzeczna z Pzp bowiem została wykonana z naruszeniem przepisów Pzp tj. bez podstawy prawnej do wykonania takich czynności. Zdaniem odwołującego Pzp nie przewiduje anulowania poprzednio wykonanych czynności przez zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania mającego na celu wybór najkorzystniejszej oferty, powyżej kwot o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp, chyba, że wynika to z postanowień wyroku Krajowej Izby Odwoławczej na skutek złożonego odwołania przez wykonawcę. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, to Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie, może: jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający:

- zgodnie z przepisami Pzp wykluczył z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu; Konsekwencją wykluczenia ww. wykonawcy oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do treści art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

- niezgodnie z przepisami Pzp anulował czynności o których mowa powyżej.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Odwołujący podkreślił przy tym, że obowiązkiem wykonawcy jest przekazanie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. w niniejszym postępowaniu polisy OC w terminie wskazanym przez zamawiającego. Wykonawca tj.

przystępujący przedłożył polisę OC w dniu 7 listopada 2018 r. Uznanie przez zamawiającego, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nastąpiło na skutek braku potwierdzenia, że ww. wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej poprzez dwukrotnie przekazane przez ww. wykonawcę dokumentów, które nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego, przy czym pierwszy raz zamawiający wezwał przystępującego w dniu 31 października 2018 r. do złożenia w trybie art. 26 ust.1 Pzp aktualnej polisy OC w terminie do dnia 13 listopada 2018 r. Wykonawca przekazał zamawiającemu polisę OC o nr VUA0180245 (po wznowieniu VUA0194167), dotyczącą działalności gospodarczej (dotyczącą wspólników spółki cywilnej): J.Ż. NIP 5242476743 i M.R. NIP 5242476743 JM DATA S.C. J.Ż., M.R., REGON 015571515 - zamiast polisy OC dotyczącej podmiotu składającego ofertę w niniejszym postępowaniu tj. firmy JM DATA Sp. z o.o. Sp. K. Z uwagi na powyższe, zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2018 r. wezwał przystępującego - ponownie - drugi raz do złożenia do dnia 20 listopada 2018 r., ale na podstawie innego przepisu Pzp tj. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp polisy OC, bowiem uprzednio przekazana przez wykonawcę polisa OC nie dotyczyła podmiotu składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wykonawca uprzednio dostarczył polisę OC dotyczącą wspólników spółki cywilnej zamiast polisy OC dot. podmiotu składającego ofertę w niniejszym postępowaniu.

Dalej odwołujący wskazał, że wykonawca w wyznaczonym terminie przekazał zamawiającemu drugą polisę OC o nr VUA 0195297 dotyczącą ww. wykonawcy, przy czym ubezpieczenie obejmuje okres od 20 listopada 2018 r. czyli datę i dane sprzeczne z treścią złożonego oświadczenia przez wykonawcę w dokumencie JEDZ, aktualnym na dzień otarcia ofert tj. w dniu 22 października 2018 r., że jakoby posiada polisę OC wymaganą przez zamawiającego na dzień składania oferty. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem, przepis art. 26 ust. 1 i 2 Pzp wskazuje zatem na żądanie przez zamawiającego złożenia oświadczeń lub dokumentów, zaś art. 26 ust. 3 i ust. 3a Pzp wskazuje na żądanie uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. W związku z tym zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2018 r.

poinformował wszystkich wykonawców w tym także odwołującego o wykluczeniu przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oferta wykonawcy została w konsekwencji odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie odwołujący podkreślił fakt, że zamawiający w pismach kierowanych do przystępującego pouczył go, że brak złożenia dokumentów w wyznaczonych terminach tj. w do dnia 13 listopada 2018 r. i w drugim piśmie do dnia 20 listopada 2018 r. skutkować będzie wykluczeniem i odrzuceniem jego oferty. Tak więc w piśmie z dnia 23 listopada 2018 r. zamawiający podkreślał konieczność wykluczenia wykonawcy, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty wskazując na treść wyroków KIO w tym m.in. wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 707/2017. Zatem dla odwołującego było niezrozumiałe stanowisko zamawiającego, w którym to rozstrzyga on postępowanie poprzez unieważnienie poprzednio wykonanych przez siebie czynności wobec przystępującego jak można domniemywać „przywracając terminy ww. Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów” o których mowa w art 25 ust. 1 Pzp w związku z art 26 ust 1 i ust 3 Pzp. W ocenie odwołującego na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że czynności wykonywane w ramach prowadzonego postępowania znajdują swoje umocowanie w przepisach prawa. Zamawiający, biorąc pod uwagę formalizm postępowania narzucony reżimem Pzp jest zobowiązany do wskazania podstawy prawnej swoich żądań, oświadczeń lub innych czynności, mających wpływ na sytuację prawną wykonawców biorących udział w postępowaniu (w pismach zamawiającego ta podstawa nie została wskazana) mocą której zamawiający wykonał ww. czynności tj. przywrócił terminy na złożenie dodatkowych wyjaśnień przez wykonawcę, uprzednio wykluczonego a w konsekwencji którego oferta została odrzucona.

Dalej odwołujący stwierdził, że zamawiający w treści pisma z dnia 1 grudnia 2018 r. rozstrzygającego postępowanie i skierowanego do wszystkich wykonawców informował o unieważnieniu czynności wykluczenia przystępującego i odrzucenia oferty na skutek wykluczenia oraz unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, jednakże co podkreślił bez podania podstawy prawnej, gdyż takiej podstawy prawnej Pzp nie przewiduje. Informowanie wykonawców przez zamawiającego o tym, że pojawiły się nowe okoliczności, w żadnej mierze nie daje podstaw do anulowania wcześniej wykonanych czynności przez zamawiającego. Ponadto, w ocenie odwołującego nie pojawiły się żadne nowe okoliczności skutkujące zniesieniem skutków prawnych wydanych przez zamawiającego oświadczeń - rozstrzygnięć postępowania.

Odwołujący podkreślił, że nie ma znaczenia w zaistniałej sytuacji, czy polisa OC o nr VUA0194167, dotycząca działalności gospodarczej ww. firmy zawartej na okres 23 czerwca

2018 r. do 22 czerwca 2019 r., złożona przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp była dokumentem właściwym, aktualnym czy nieaktualnym, skoro nie został doręczony we właściwym terminie tj. do dnia 13 listopada 2018 r. dodatkowo dokument z firmy ubezpieczeniowej i podpisany przez Dyrektora Departamentu Ubezpieczeń Korporacyjnych. Z powyższego dokumentu wynika, że w związku z przekształceniem firmy JM Data s.c. w nową firmę JM Data Sp. z o.o. Sp. K. polisa o nr VUA0194167, OC działalności gospodarczej ww. firmy zawarta na okres 23 czerwca 2018 r. do 22 czerwca 2019 r., na SU 3.000,000 PLN, w pełni obejmuje zakresem ubezpieczenia na dzień 22 października 2018 r. odpowiedzialność ubezpieczeniową TUZ TUW wobec Ubezpieczonego, przy czym w tym oświadczeniu nawet nie wskazano podstawy przekształcenia, w szczególności potwierdzającej, że istnieje następstwo prawne pomiędzy JM Data s.c. a JM Data Sp. z o.o. Sp.k. W ocenie odwołującego, minimalne czynności związane z analizą powyższego dokumentu potwierdziłyby brak możliwości przeniesienia w ramach następstwa prawnego dokumentu polisy ubezpieczenia spółki cywilnej na spółkę komandytową, której jedynie jeden ze współników tj. komplementariusz jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. W prawie brak jest podstaw prawnych do przekształcenia spółki cywilnej w spółkę komandytową. Powyższa polisa tylko potwierdza, że dwa różne od siebie podmioty posiadają polisę OC w podobnym zakresie, której termin ubezpieczenia jest różny. Powyższe oświadczenie Dyrektora Departamentu Ubezpieczeń Korporacyjnych jest zupełnie bez znaczenia dla niniejszego postępowania.

Skoro zamawiający żądał potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu —zgodnie z Rozdziałem IV ust. 3 pkt 3.3 ppkt 1-9 SIWZ, w tym m.in, dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, odpowiadającego wymaganiom określonym w Rozdz. IV ust. 1 pkt 1.1. ppkt 2 SIWZ, to przystępujący winien w terminie do 13 listopada 2018 r. dostarczyć dokumenty dot. firmy JM DATA Sp. z o.o. Sp. K - firmy składającej ofertę w niniejszym postępowaniu, a nie polisę OC o numerze VUA0194167, dot. działalności gospodarczej, z której wynikało, że obejmuje ona swym zakresem ubezpieczonych współników spółki cywilnej tj. J.Ż. i M.R.. Jeśli treść polisy OC dot. ubezpieczonych współników spółki cywilnej tj. innego podmiotu, aniżeli podmiotu składającego ofertę w niniejszym postępowaniu tj. firmy JM DATA Sp. z o.o. Sp. K - to dokument przekazany dopiero w dniu 29 listopada 2018 r. na który powoływał się zamawiający w piśmie z dnia 1 grudnia 2018 r. tj.: potwierdzenie odpowiedzialności ubezpieczeniowej z dnia 28 listopada 2018 r. podpisane przez Dyrektora Departamentu Ubezpieczeń Korporacyjnych, z którego wynika, że w związku z przekształceniem firmy JM Data s.c. w JM Data Sp. z o.o. Sp. K. (...), pomimo braku możliwości prawnej takiego przekształcenia w ramach następstwa prawnego, dotychczasowa polisa o nr VUA0194167,

OC działalności gospodarczej ww. firmy zawarta na okres 23 czerwca 2018 r. do 22 czerwca 2019 r., na SU 3.000.000 PLN, w pełni obejmuje zakresem ubezpieczenia na dzień 22 października 2018 r. odpowiedzialność ubezpieczeniową TUZ TUW wobec Ubezpieczonego, winien zostać dostarczony wraz z ww. polisą OC w terminie wskazanym przez zamawiającego tj. do dnia 13 listopada 2018 r. a tak się nie stało.

Z uwagi na dostarczoną do zamawiającego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp błędną treść dokumentu polisy OC tj. OC dotyczącą spółki cywilnej a nie spółki komandytowej, zamawiający wezwał wykonawcę ponownie pismem z dnia 15 listopada 2018 r. do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do dnia 20 listopada 2018 r. polisy OC zgodnej z dokumentem KRS tj. spółki komandytowej - JM Data Sp. z o.o. Sp. K. Wykonawca dostarczył polisę OC dot. ww. wykonawcy, przy czym ubezpieczenie obejmuje okres od 20 listopada 2018 r. czyli datę i dane sprzeczne z treścią złożonego oświadczenia przez wykonawcę w dokumencie JEDZ, aktualnym na dzień otarcia ofert tj. w dniu 22 października 2018 r., że posiada polisę OC na dzień składania oferty.

Zgodnie z postanowieniami art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast mocą art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. W związku z tym odwołujący stwierdził, że rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania poprzez wybór oferty przystępującego nastąpił z rażącym naruszeniem ww. art 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 grudnia 2018 r., zostały złożone następujące pisma:

- oryginał odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, w której to zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podając uzasadnienie tego wniosku;
- oryginał pisma procesowego przystępującego z dnia 18 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, w którym przystępujący wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie podając uzasadnienie swojego stanowiska;
- pismo odwołującego z dnia 19 grudnia 2018 r. stanowiące pisemną replikę na ww. stanowiska zamawiającego i przystępującego, w którym odwołujący wskazał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie oraz przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika JM DATA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zwanego nadal: „przystępującym”.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w dniu 17 grudnia 2018 r.;
- 2) załączników nr 1-8 do odwołania;
- 3) złożonego na rozprawie przez odwołującego wydruku z CEIDG dla jednego ze wspólników spółki cywilnej, której następcą prawnym został przystępujący.

Izba uznała, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny sprawy został przedstawiony adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut nr 1 odwołania Izba uznała, że w żadnym wypadku nie mógł on zasługiwać na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o tym, iż Pzp nie przewiduje możliwości samodzielnego unieważnienia przez zamawiającego dokonanej wcześniej czynności należy uznać za błędne. Jak słusznie zdaniem Izby wskazywali zarówno zamawiający jak i przystępujący powyżej przedstawiona kwestia jest jednolicie interpretowana w zarówno w orzecznictwie oraz doktrynie czego potwierdzeniem jest przytoczony przez zamawiającego fragment wyroku z dnia 24 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1484/15, w którym Izba stwierdziła, że zamawiający jest *uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, samodzielnego ich naprawienia – jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości [wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13,*

z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12].

Ponadto należy wskazać, że stanowisko odwołującego w tej materii także nie było jednoznaczne (na co uwagę zwrócił na rozprawie przystępujący). Z odwołania można wysnuć dość stanowczy i jednoznaczny wniosek odwołującego, który można sprowadzić do kategorięcznego stwierdzenia, że zamawiający nie może samodzielnie unieważnić swoich czynności w postępowaniu, natomiast z pisma złożonego na posiedzeniu i z argumentacji odwołującego przedstawionej na rozprawie wynika, że jego stanowisko w tej kwestii nie było takie kategorięczne i sformułowane zostało przez pryzmat – słusznej zdaniem odwołującego – czynności zamawiającego dotyczącej wykluczenia przystępującego z postępowania, która została następnie unieważniona. Niemniej jak wskazano powyżej Izba stoi na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, samodzielnego ich naprawienia – jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości, natomiast w przypadku gdy dana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami Pzp to przysługuje od niej odwołanie, co wynika z treści art. 180 ust. 1 Pzp.

Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia w stanie przedmiotowej sprawy, zatem został oddalony.

W ocenie Izby także zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zasadę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Z zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 Pzp, wynika, że ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący. Natomiast w ocenie Izby odwołujący temu obowiązkowi na sprostał.

Po pierwsze za gołosłowne Izba uznała stanowisko odwołującego o braku możliwości prawnej przekształcenia spółki cywilnej w spółkę komandytową. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby ją potwierdzić. Tym samym Izba przyjęła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, która wprost bazuje na odpowiednich przepisach k.s.h. wyjaśniającą, że spółka cywilna może być przekształcona w spółkę prawa handlowego (art. 551 § 2 k.s.h.). Do przekształcenia tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące przekształcenia spółki jawnej w inną spółkę prawa handlowego (art. 551 § 2 k.s.h.), a do skutków przekształcenia stosuje się art. 26 § 5 k.s.h.. Zgodnie z tym przepisem spółce powstałej z przekształcenia przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólników, przy czym, przepisy art. 553 § 2 i 3 k.s.h. stosuje się odpowiednio. W świetle tych przepisów spółka przekształcona pozostaje

podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej (§ 2).

Po drugie Izba nie znalazła potwierdzenia, iż przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 ppkt 1.1 2) SIWZ). Odwołujący nie udowodnił, że z treści złożonej przez przystępującego polisy OC w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 31 października 2018 r. o złożenie dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, której oryginał został okazany Izbie w obecności stron na rozprawie, nie wynikało niespełnienie ww. określonego warunku. Tym samym argumentację odwołującego, iż zgodnie z przedmiotową polisą ubezpieczonym był wyłącznie jeden wspólnik spółki cywilnej, jako przedsiębiorca i to było jego indywidualne ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, Izba uznała za nieudowodnioną. W tym zakresie Izba uznała argumentację zamawiającego i przystępującego, którzy wskazywali, że w treści polisy w miejscu przeznaczonym dla ubezpieczającego został rzeczywiście podany tylko jeden wspólnik spółki cywilnej, niemniej podany tam nr NIP dotyczył już tejże spółki cywilnej, a w miejscu określonym jako *Inne postanowienia, uwagi* znalazła się adnotacja, że ubezpieczeni zostali wszyscy wspólnicy tejże spółki cywilnej oraz podany został jej numer NIP i REGON. Informacja ta w ocenie Izby wyraźnie koresponduje z informacją zawartą w dziale I, rubryce 6 pkt 2 informacji z KRS przystępującego określającej opis sposobu powstania spółki. Z informacji tam podanej wynika jednoznacznie, że przekształcenie spółki cywilnej (podmiot przekształcany) – pod nazwą JM DATA Ż.J., R.M. spółka cywilna o numerach NIP i REGON odpowiadającym tym numerom podanym w polisie OC złożonej przez przystępującego w postępowaniu – w spółkę komandytową pod firmą JM DATA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (spółka przekształcona) nastąpiło na podstawie art. 551 § 2, 562 § 1 i 563 k.s.h. zgodnie z uchwałą nr 1 i 2/2018 wszystkich wspólników spółki cywilnej. Wspólnicy tej spółki cywilnej zostali wskazani w tym miejscu informacji z KRS wraz z podaniem numerów NIP i REGON, które były inne od tychże numerów spółki cywilnej i nie znalazły się one w polisie OC. W związku z tym Izba uznała argumentację zamawiającego i przystępującego za spójną i logiczną co w sytuacji braku innych dowodów odwołującego nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu i uznania, że przedmiotowa polisa OC od momentu jej złożenia przez przystępującego nie stanowiła potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w określonym w SIWZ zakresie.

W tym kontekście pismo TUZ Ubezpieczenia z dnia 28 listopada 2018 r. nie stworzyło nowych okoliczności prawnych, lecz jedynie potwierdziło istniejący nieprzerwanie stan faktyczny od dnia wpisu spółki przystępującego do rejestru.

Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp należy oddalić.

Poprzez oddalenie zarzutu nr 2 racji bytu nie mają także zarzuty nr 3 i 4 postawione w odwołaniu, które w ocenie Izby mają wobec zarzutu nr 2 charakter dookreślający i uzupełniający. W związku z brakiem podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp tym bardziej nie ma uzasadnienia odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Podobnie nie ma podstaw do uwzględnienia naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż w związku z brakiem podstaw do wykluczenia wybranego w postępowaniu wykonawcy w kontekście postawionego w odwołaniu zarzutu, zamawiający prawidłowo wybrał ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ o czym poinformował w dniu 1 grudnia 2018 r. wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców, spełniając swój ustawowy obowiązek.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: