

KU/102/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. **Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

- Zamawiający:** Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Olsztynie
ul. Słoneczna 46
10-710 Olsztyn
- Rodzaj zamówienia:** usługi
- Przedmiot zamówienia:** „Zagospodarowanie frakcji palnej z odpadów komunalnych poprzez termiczne przekształcenie wraz z odzyskiem energii wykorzystywanej dla zapewnienia dostaw ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Olsztynie, wraz z zaprojektowaniem i wybudowaniem Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów oraz Kotłowni Szczytowej, a także sfinansowaniem nakładów inwestycyjnych i zarządzaniem infrastrukturą”
- Data wszczęcia postępowania:** 02.03.2018 r.
- Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2019/S 051-116455
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony
- Wartość zamówienia:** całkowita wartość zamówienia wynosi: 1 100 000 000,00 – 1 650 000 000,00 zł (tj. 255 119 790,34 – 382 679 685,51 euro);
- Środki UE:** Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014 -2020, Działanie 2.2 „Gospodarka odpadami komunalnymi”
- Rodzaj procedury:** zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

- 1) art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. U. L 296 z 12.11.2015), poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania;
- 2) art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia;
- 3) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), poprzez wprowadzenie ograniczenia w zakresie żądania informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek;
- 4) art. 32 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477), poprzez zastosowanie niewłaściwego kursu złotego w stosunku do euro przy szacowaniu wartości zamówienia;
- 5) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania zamiany w ramach treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w celu wyeliminowania występujących w ogłoszeniu i w SIWZ rozbieżności.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 2015/1986.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w dniu 28.02.2018 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr V („Ogłoszenie o zamówieniu zamówienia sektorowe”)

do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 842/2011 z dnia 19.08.2011 r. *ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005* (Dz.U. L 222 z 27.08.2011). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 02.03.2018 r. pod numerem 2018/S 043 – 095116.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanych na podstawie art. 51 ust. 1, art. 75 ust. 3 i art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 71 ust. 1, art. 92 ust. 3 i art. 96 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania (tj. 02.03.2018 r. – dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego), było Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), zwane dalej „*rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986*”, które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. Zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 traci moc ze skutkiem od dnia 18.04.2016 r.

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Olsztynie jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Zatem zamawiający zobowiązany był w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania przygotować ogłoszenie zgodnie ze wzorem załącznika nr V („*Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe*”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniami pkt 8 SIWZ oraz sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 – 2 oraz 4 – 6 i 8 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia.

Jak wskazano w ww. pkt 1, do udzielenia kontrolowanego zamówienia zamawiający był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d). Wobec powyższego zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców w przedmiotowym postępowaniu szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126).

Zgodnie z pkt 9 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”, ppkt 7.4 Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie,

aktualnych na dzień złożenia dokumentów, tj. m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w wysokości nie mniejszej niż 50 000 000,00 zł, wydanej nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, czyli dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), czyli aktu wykonawczego nieaktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 2 marca 2018 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), zwanego dalej rozporządzeniem z dnia 27 lipca 2016 r., należy zauważyć, iż w treści § 2 ust. 2 pkt 3) tego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 r., zamawiający mógł żądać od wykonawcy przedstawienia informacji dowolnego banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, niekoniecznie tego, w którym wykonawca posiada rachunek.

Zatem przepisy rozporządzenia, obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, nie wyłączają możliwości potwierdzenia sytuacji finansowej wykonawcy w oparciu o dokumenty wystawione przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, w których wykonawca nie posiada rachunku.

Ograniczenie w zakresie żądania informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, stanowi zatem naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 r.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Naruszenie art. 32 ust. 1 w zw. z art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477).

Z pkt 2.6 protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, iż Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 27.02.2018 r. na kwotę 1 100 000 000 – 1 650 000 000 zł oraz przeliczył tę wartość na kwotę 261 992 092,60 – 392 988 138,90 euro.

Z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli przedmiotowego postępowania (pismo z dnia 03.10.2019 r.) wynika, iż „*podana w pierwotnej wersji protokołu szacowana kwota zamówienia 261 992 092,6 – 392 988 138,9 EUR, wynikała z zastosowania przez Zamawiającego błędnego przelicznika PLN na EUR. Zamawiający do przeliczenia zastosował bowiem ogłaszany przez NBP kurs średni z dnia ogłoszenia o wszczęciu postępowania zamiast przelicznika wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. 2017.2477)*”.

Zgodnie z treścią art. 35 ust. 3 ustawy Pzp, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień, określa co najmniej raz na dwa lata w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów.

Biorąc pod uwagę datę wszczęcia postępowania w dniu 02.03.2018 r. (termin publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej - https://www.bip.mpce.olsztyn.pl/rider_przetargi?zamowienie_publiczne=364Zamawiajacy oraz w siedzibie zamawiającego) Zamawiający był zobowiązany do zastosowania kursu określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477), który wynosił 4,3117 zł i obowiązywał od dnia 01.01.2018 r. Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna zatem wynosić 255 119 790,34 – 382 679 685,51 euro. Zamawiający co prawda w załączeniu do pisma z dnia 20.08.2019 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do uzupełnienia dokumentacji postępowania i udzielenia wyjaśnień, przekazał poprawiony protokół postępowania sporządzony na druku ZP-PN, w którym dokonał przeliczenia wartości zamówienia z zastosowaniem aktualnego na dzień wszczęcia postępowania kursu euro, tj. z uwzględnieniem wyliczonych powyżej wartości, niemniej jednak nie sposób uznać, iż zamawiający dokonując następnie poprawy wartości szacunkowej zamówienia w protokole postępowania, dokonał czynności szacowania w sposób prawidłowy. Zamawiający nie posługując się właściwym kursem złotego w stosunku do euro przy

szacowaniu wartości zamówienia wadliwie oszacował wartość zamówienia, a tym samym naruszył przepis art. 32 ust. 1 i art. 35 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z sekcją III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność ekonomiczna i finansowa” Zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu spełnienia wymogu w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej wykazał m.in., iż „posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia (OC deliktowe i OC kontraktowe) na kwotę nie mniejszą niż 100 000 000 PLN. Jeżeli okres ważności polisy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej prolongaty pod rygorem rozwiązania umowy z winy wykonawcy”.

W trakcie prowadzonej procedury zamawiający dokonał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, które w dniu 27.11.2018 r. zostało przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29.11.2018 r. pod nr 2018/S 230-526803. W ww. sprostowaniu ogłoszenia zapis o treści: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca spełniał następujące wymogi w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej, tj.: (...) wykazał iż posiada „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia (OC deliktowe i OC kontraktowe) na kwotę nie mniejszą niż 100 000 000 PLN (sto milionów złotych). Jeżeli okres ważności polisy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej prolongaty pod rygorem rozwiązania umowy z winy wykonawcy”* otrzymał brzmienie: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca spełniał następujące wymogi w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej, tj.: (...) wykazał, iż posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia (OC deliktowe i OC kontraktowe) na kwotę nie mniejszą niż 50 000 000 PLN (pięćdziesiąt milionów złotych)”*.

W pkt 9.7 ujednoliconej, ostatecznej wersji SIWZ Zamawiający wskazał, iż „W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 1 PZP przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów: (...) opłaconej polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem Zamówienia (OC deliktowe i OC kontraktowe) na kwotę nie mniejszą niż 50 000 000 zł. Jeżeli okres ważności polisy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej prolongaty pod rygorem zawarcia przez Podmiot Publiczny umowy ubezpieczenia OC Partnera Prywatnego na koszt oraz ryzyko Partnera Prywatnego, niezależnie od prawa do naliczenia przez Podmiot Publiczny kary umownej, o której mowa w Umowie o PPP za czas za każdy dzień opóźnienia w przedstawieniu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia OC”. Powyższy dokument wskazano również w ogłoszeniu o zamówieniu (sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14.09.2018 r. pod nr 2018/S 177-402360) jako dokument, na podstawie którego przeprowadzona zostanie ocena spełnienia wymogów, tj. m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe wskazuje, że w treści SIWZ zamawiający w zakresie wymogu dotyczącego posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej zawarł dodatkowe postanowienia, które w wyniku sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w dniu 29.11.2018 r. zostały usunięte z treści ogłoszenia. Powyższe oznacza, że wymogi w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu (zmienionego w wyniku dokonania sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz. Urz. UE z dnia 29.11.2018 r.) nie korespondują z wymogami zawartymi w SIWZ we wskazanym zakresie.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępni na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.

W toku prowadzonej kontroli, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu m.in. do udzielenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż „pomimo wykreślenia, z ogłoszenia o

zamówieniu treści: „Jeżeli okres ważności polisy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej prolongaty pod rygorem zawarcia przez Podmiot Publiczny umowy ubezpieczenia OC Partnera Prywatnego na koszt oraz ryzyko Partnera Prywatnego, niezależnie od prawa do naliczenia przez Podmiot Publiczny kary umownej, o której mowa w Umowie o PPP za czas za każdy dzień opóźnienia w przedstawieniu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia OC”, jako zbędnej (nadmiarowej), postanowił, że zapisy te utrzyma w pkt 9.7.5 SIWZ, Zamawiający dopuścił bowiem sytuację, w której polisa OC przedstawiona przez Wykonawcę w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu będzie następnie wykorzystana przez Wykonawcę na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne. W takim przypadku, o ile przedstawiona przez Wykonawcę polisa OC będzie obejmowała krótszy okres niż okres obowiązywania umowy o zamówienie publiczne, Wykonawca, zgodnie z pkt 9.7.5 SIWZ będzie zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej prolongaty, pod rygorem zawarcia przez Podmiot Publiczny umowy ubezpieczenia OC Partnera Prywatnego na koszt oraz ryzyko Partnera Prywatnego. (...). Zapisy Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w tym zakresie są spójne (brak jest pomiędzy nimi sprzeczności) i w pełni się pokrywają, przy czym, jak już zostało wskazane powyżej, Zamawiający w treści SIWZ dodatkowo opisał czynności, które będzie mógł podjąć, na etapie realizacji Umowy o PPP, w przypadku, gdy okres ważności polisy Wykonawcy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia”.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zobligowany był do usunięcia opisanych powyżej rozbieżności występujących w treści ogłoszenia o zamówieniu i w SIWZ. Norma zgodności treści SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznać za równe traktowanie wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach opierając się jedni na treści SIWZ, inni na treści ogłoszenia o czym mowa w wyroku KIO z dnia 10.09.2014 r. o sygn. akt KIO 1488/14, przytoczonym również w piśmie Zamawiającego z dnia 21.10.2019 r. Jak już wskazano ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywało wymagań dotyczących dostarczenia przez wykonawcę odpowiedniej prolongaty, o której mowa w SIWZ. Na Zamawiającym ciążył więc obowiązek ujednolicenia postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Odnosząc się natomiast do wskazanej przez Zamawiającego, w wyjaśnieniach z dnia 21.10.2019 r., możliwości wykorzystania przedstawionej przez wykonawcę, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polisy OC na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne, należy przytoczyć stanowisko Krajowej Izby

Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 24.02.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 161/09, w którym Izba zwróciła uwagę, iż „*Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonally dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.*” Zamawiający słusznie zatem dokonał ponownej analizy ogłoszenia o zamówieniu i usunął z ogłoszenia opis dotyczący sposobu realizacji umowy uznany, również przez Zamawiającego, za nadmiarowy i zbędny. Niezrozumiałe jest zatem działanie Zamawiającego polegające na pozostawieniu w treści pkt 9.7.5 SIWZ (dotyczącego opisu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu) zobowiązania do dostarczenia odpowiedniej prolongaty w przypadku zakończenia się okresu ważności polisy w trakcie realizacji zamówienia (przy jednoczesnym usunięciu nadmiarowego zapisu z treści ogłoszenia o zamówieniu). Należy podkreślić, że ostatecznie sformułowany warunek udziału w postępowaniu zobowiązywał wykonawcę do przedłożenia dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na określoną kwotę. Zamawiający zatem wprost odniósł wymóg posiadania polisy do działalności gospodarczej a nie do realizacji umowy. W świetle powyższego opisane w SIWZ zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia odpowiedniej prolongaty, gdy okres ważności polisy zakończy się w trakcie realizacji zamówienia, pod rygorem zawarcia przez Podmiot Publiczny umowy ubezpieczenia OC Partnera Prywatnego na koszt oraz ryzyko Partnera Prywatnego, niezależnie od prawa do naliczenia przez Podmiot Publiczny kary umownej, o której mowa w Umowie o PPP za czas za każdy dzień opóźnienia w przedstawieniu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia OC uznać należy za niedopuszczalne. Powyższe dodatkowo potwierdza, iż opisywane okoliczności stanowiły uzasadniony przypadek, o którym mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, do dokonania stosowanej modyfikacji SIWZ.

Zamawiający nie dokonując zmiany w ramach treści ogłoszenia i SIWZ mającej na celu wyeliminowanie opisanych powyżej rozbieżności, naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.