

Sygn. akt: KIO/KD 6/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 13 lutego 2020 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Polska Grupa Gazownictwa
Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze
Ul. Szczęść Boże 11
41-800 Zabrze

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2019 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. dalej: „ustawa Pzp”) na świadczenie usług odczytów na terenie działania Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Gazowniczy w Zabrze w podziale na trzy zadania (kontrola doraźna w zakresie II i III części zamówienia)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Poprawa
Członkowie:	Irmina Wiktoria Pawlik
	Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli, zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. dalej: „ustawa Pzp”) na świadczenie usług odczytów na terenie działania Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Gazowniczy w Zabrze w podziale na trzy zadania (kontrola doraźna w zakresie części II i III części zamówienia). Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa Oddział Zakład Gazowniczy w Zabrze wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 24 listopada 2017 r., przekazując ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 228-476198 z dnia 28 listopada 2017 r.

O wynikach przeprowadzonej kontroli pismem z dnia 31 grudnia 2019 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego Dyrektora Oddziału Zakładu Gazowniczego Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. Oddział Zakład Gazownictwa w Zabrze przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że w wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej na podstawie art. 154 pkt 11 oraz 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, stwierdził naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Firm: Energo-Moc Wzorcownia sp. z o.o., Energoobsługa K., K. sp. j. oraz Energo-Marsz s.c. E. S., M. D., R. W., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, co doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji udzielenia zamówienia publicznego niezgodnie z przepisami ustawy.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z treścią pkt III. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.2) b) SIWZ, o udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali m. in. warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej - wymagane było ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 1, 2, 3 - po 1.000.000

PLN (słownie: milion złotych) dla każdego zadania, a w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach więcej niż jednej części, zamawiający uzna za wystarczające wykazanie się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na co najmniej sumę kwot minimalnych określonych dla tych zadań, o których udzielenie Wykonawca się ubiega.

Stosownie do treści pkt 7 ppkt 7 lit. a) SIWZ ocena spełniania tego warunku miała nastąpić na podstawie przedłożonej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia co najmniej na kwotę, określoną w pkt 5. 2) b) SIWZ. W odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ, w piśmie z dnia 10 stycznia 2018 r. Zamawiający wskazał, że w przypadku wyboru jednego Wykonawcy do trzech zadań oznacza to obowiązek przedstawienia przez tego Wykonawcę trzech polis, z których każda winna opiewać na sumę gwarancyjną co najmniej 1.000.000 zł.

Zamawiający zastrzegł w pkt 5 ppkt 4 SIWZ, iż postępowanie przeprowadzi zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 22 stycznia 2018 r. wpłynęły następujące oferty:

1. w zakresie obszaru nr II:

- 1) oferta Wykonawcy „Poczta Polska Spółka Akcyjna” ul. Rodziny Hiszpańskich, 80-940 Warszawa, z ceną 7.301.588,45 zł netto;
- 2) oferta MTM Instal M. M., z ceną 3.724.479,98 zł netto
- 3) oferta LIRECO K. K., z ceną 3.724.479,98 zł netto
- 4) oferta LIRECO ECO M. K., z ceną 3.724.479,98 zł netto,
- 5) oferta Konsorcjum Firm:
 - ENERO-MOC WZORCOWNIA sp. z o.o.
 - ENERGOOBSŁUGA K.K.
 - ENERGO-MARSZ S.C., z ceną 3.670.890,34 zł netto,
- 6) oferta ENERO ZET sp. z o.o. , z ceną 3.804.864,44 zł netto,

II. w zakresie obszaru nr III:

- 1) oferta Wykonawcy „Poczta Polska Spółka Akcyjna”,
80-940 Warszawa, z ceną 6.193.570,75 zł netto;
- 2) oferta MTM Instal., z ceną
3.159.289,30 zł netto;
- 3) oferta LIRECO K.K., z ceną 3.159.289,30 zł netto;
- 4) oferta Konsorcjum Firm:
 - ENERO-MOC WZORCOWNIA sp. z o.o.
 - ENERGOOBSŁUGA K.K.
 - ENERGO-MARSZ S.C. , z ceną 3.113.831,90 zł netto;
- 5) oferta ENERO ZET sp. z o.o., , z ceną 3.227.475,40 zł netto.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Wykonawca Konsorcjum Firm - Lider: ENERGO MOC Wzorcownia Sp. z o.o., złożył wraz z ofertą oraz JEDZ Polisé Bezpieczny Biznes nr 6315289, która obejmowała swoim zakresem działalność określoną jako: 33124Z - Naprawa i konserwacja urządzeń elektrycznych oraz działalność określoną jako: 4321Z - Wykonywanie instalacji elektrycznych (według klasyfikacji PKD 2007).

Pismem z dnia 7 lutego 2018 r. (znak pisma: PSGZA.ZZDZ.901.200/1.18) Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Konsorcjum Firm: ENERO-MOC WZORCOWNIA sp. z o.o., ENERGOOBSŁUGA K.K. S.J., ENERGO-MARSZ S.C. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej w postępowaniu oferty. W ww. wezwaniu Zamawiający wskazał następująco: *Dołączona do ofert Polisa OC nr 499-62566821 zawarta pomiędzy firmą ubezpieczeniową TUIR Allianz Polska S.A. a „ENERGO-MOC Wzorcownia Sp. z o.o. w miejscu oznaczonym jako rodzaj ubezpieczonej działalności zawiera klasyfikację PKD inną niż przedmiot zamówienia. W związku z tym, iż prowadzicie Państwo działalność gospodarczą w zakresie oznaczonym w PKD numerem 82.99 Zamawiający wnosi o wyjaśnienie przyczyny braku właściwego wpisu i przedstawienia polisy spełniającej warunki określone w punkcie 7.7) a) SIWZ.*

Dalej Zamawiający wskazał: *Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczy również Polisy OC nr 63464450 dołączonej do oferty a zawartej pomiędzy firmą ubezpieczeniową TUIR Allianz Polska S.A. a firmą ENERGOOBSŁUGA K., K. Sp.J., która jak w Państwa przypadku prowadzi działalność gospodarczą w zakresie oznaczonym w PKD numerem 82.99.*

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 12 lutego 2018 r. Konsorcjum Wykonawców - Lider ENERGO-MOC Wzorcownia Sp. z o.o. wyjaśnił następująco:

- prowadzona przez nas działalność gospodarcza obejmuje swoim zakresem również działalność gospodarczą oznaczoną w PKD numerem 82.99.
- KRS naszej firmy obejmuje 68 rodzajów działalności gospodarczej, w tym wyżej

wskazane PKD 82.99.

- w aktualnym KRS w dziale 3 Rubryka 1 Sąd Rejonowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego dokonał wpisu PKD tylko kilku przedmiotów - przeważającej działalności przedsiębiorcy
- Ubezpieczyciel w Polisie OC dołączonej do postępowania wpisał tylko numer PKD naszej działalności podstawowej bez pozostałych 67 rodzajów działalności.

W ww. piśmie Wykonawca wyjaśnił, iż *nasze zastrzeżenia, co do wpisów zostały wyjaśnione przez Ubezpieczyciela, że ubezpieczenie obejmuje cały zakres działań prowadzonych przez naszą spółkę, w tym również działania związane z prowadzeniem usług odczytów mediów.* Wykonawca wskazał również, iż okres ubezpieczenia posiadanej Polisy OC upływał 28. 02. 2018 r. W dniu 15. 01. 2018 r. na 7 dni przed terminem składania ofert wystąpiliśmy do Ubezpieczyciela firmy InterRisk o zawarcie umowy ubezpieczenia - Polisy OC obejmującej również PKD 82.99 - usługi odczytowe liczników.

Następnie pismem z dnia 9 marca 2018 r. Zamawiający zawiadomił na podstawie przepisu art. 92 ustawy Pzp o rozstrzygnięciu niniejszego postępowania w zakresie zadania nr 2 i 3. Zamawiający poinformował, iż najkorzystniejsze oferty w postępowaniu złożył Wykonawca - Konsorcjum Firm: ENERO-MOC WZORCOWNIA sp. z o.o., ENERGOOBSŁUGA K., K.J., ENERGO-MARSZ S.C.

- 1) w zakresie zadania nr 2 – cena netto: 3.670.890,34 złotych, cena brutto 4.515.195,12 złotych,
- 2) w zakresie zadania nr 3 – cena netto: 3.113.831,90 złotych, cena brutto: 3.830.013,24 złotych.

Zamawiający uzasadnił, iż ww. oferty uzyskały najwyższą liczbę punktów w kryterium najniższa cena oraz spełniły warunki określone w SIWZ.

Umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia w zakresie części II oraz części III zostały zawarte w dniu 3 kwietnia 2018 r. z Wykonawcą Konsorcjum Firm Energo- Wzorcownia sp. z o.o., Energoobsługa K., K. sp. j. oraz Energo-Marsz s.c. E. S., M. D., R. W. na kwotę 4.515.195,12 złotych brutto (część II) oraz 3.830.013,24 złotych brutto (część III).

W dniu 12 kwietnia 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo dotyczące rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ww. piśmie inny Wykonawca, który brał udział w postępowaniu wskazał, iż żaden z przedsiębiorców wchodzących w skład konsorcjum na które składały się: Energo-Moc Wzorcownia Sp. z o.o., Energoobsługa K., K. sp. j. oraz Energo-Marsz S.C. E. S., M. D.,

R. W., nie przedstawił polisy spełniającej warunki określone w punkcie 7. 7) a) SIWZ. żaden z członków tego konsorcjum nie ma nawet działalności PKD 92.99.Z w przedmiocie działalności swojego przedsiębiorstwa. W przypadku braku określonego PKD w przedmiocie działalności przedsiębiorstwa brak jest możliwości uzyskania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie tego przedmiotu działalności.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. stwierdził, iż ww. zarzuty uznać należy za niezasadne. W zakresie zarzutu dotyczącego dokumentów polisy, Zamawiający stwierdził, iż *Konsorcjum w trakcie postępowania przetargowego przedstawiło odpowiednie polisy odpowiedzialności cywilnej. Przywołać w tym miejscu można również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający w związku z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame (wyrok KIO z dnia 8 maja 2014, sygn. akt KIO 797/14, tak też KIO w wyroku z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1515/13). Natomiast, zgodnie z zapisem §13 ust. 3 umowy świadczenia usług odczytów (załącznik nr 4 do SIWZ) kopie dokumentów potwierdzających istnienie wymaganej ochrony w ramach ubezpieczenia OC Wykonawca dostarczy Zamawiającemu niezwłocznie po zawarciu umowy. Konsorcjum przedstawiło polisę seria K nr 1130001819 z dnia 29 stycznia 2018 r., obejmującą m.in. usługi odczytowe liczników (literalnie wymienione w treści polisy). Zarzut ENERGO ZET Sp. z o.o., polegający na nieprzedstawieniu właściwych polis ubezpieczeniowych należy również uznać za niezasadny.*

Z kolei w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu, Zamawiający wskazał, iż *Polisa seria K nr 13001819 (została) wystawiona w dniu 29.01.2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. na wniosek złożony w dniu 15.01.2018 r. przez Ubezpieczającego - firmę Energo-Moc-Wzorcownia Sp. z o.o. i złożona Zamawiającemu w dniu 12.02.2018 r. Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż wskazana wyżej Polisa jest kontynuacją (ciągłością) Polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894 wystawionej przez TIJiR ALLIANZ Polska S.A., złożonej wraz z ofertą do postępowania przetargowego, której termin ubezpieczenia upływał w dniu 28.02.2018 r.*

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wskazał zgodnie z treścią art. 24 aa ustawy Pzp, zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych

w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawców, tj. bada oświadczenia wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek (w przypadku zamówień równych lub powyżej wartości progów UE) lub uprawnienie (w przypadku zamówień poniżej progów UE) żądania od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazany obowiązek lub odpowiednio uprawnienie zamawiającego aktualizuje się, co do zasady, po dokonaniu oceny ofert, tym samym określeniu, która z ofert jest najwyżej oceniona (uzyskała najwyższą pozycję w rankingu ofert).

Jako błędne, Prezes Urzędu wskazał rozumienia, iż Wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Jednakże, warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert lub wniosków i trwać przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumenty natomiast składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Mając to na uwadze, w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego były wystawione po upływie terminu składania ofert, o ile dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.

Odnosząc się do pisma zamawiającego z 7 lutego 2018 r. Prezes Urzędu wskazał, że iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w oparciu o ww. przepis musi więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. Przepis art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania wobec dokumentu złożonego przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwość co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w oparciu o przedłożony przez Wykonawcę dokumenty potwierdzające powyższe zobowiązany był do wezwania go do uzupełnienia

ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niemniej należy zauważyć, iż Zamawiający równocześnie w treści ww. pisma wezwał Wykonawcę do przedstawienia polisy spełniającej warunki określone w punkcie 7. 7) a) SIWZ, co odpowiadałoby dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, dokonując oceny spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, przyjął przedłożoną przez Wykonawcę kolejną Polisę OC, tj. Polisę seria K nr 13001819 wystawioną w dniu 29 stycznia 2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., którą, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego, potraktował jako kontynuację pierwotnie złożonej Polisy OC (polisa OC wystawiona przez TIJiR Allianz).

W ocenie Prezesa Urzędu, kluczowe znaczenie dla ustalenia możliwości uwzględnienia przedmiotowej polisy jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku zdolności ekonomicznej miał fakt, iż Polisa Seria K 13001819 z dnia 29 stycznia 2018 r. nie obowiązywała na etapie składania ofert, tj. w dniu 22 stycznia 2018 r., oraz nie sposób traktować jej jako kontynuacji pierwotnie złożonej Polisy, choćby z racji zawarcia umowy ubezpieczenia w innej firmie ubezpieczeniowej. W przypadku natomiast Polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894 z dnia 24 lutego 2017 r., złożonej wraz z ofertą, należy wskazać, iż obejmowała swoim zakresem działalność określoną jako: 33124Z - Naprawa i konserwacja urządzeń elektrycznych oraz 432 IZ - Wykonywanie instalacji elektrycznych (według klasyfikacji PKD 2007). Ustalenia faktyczne prowadzą do wniosku, iż ww. polisa OC nie spełnia wymogu określonego w SIWZ z uwagi na brak związania rodzaju ubezpieczonej działalności z przedmiotem zamówienia. Zakres powyższych podklas wskazujących na rodzaj ubezpieczonej działalności wskazany w dokumencie ww. polisy OC nie jest wszakże związany z przedmiotem niniejszego zamówienia, który stanowi usługa polegająca na odczycie układów pomiarowych, a wyjaśnienia Wykonawcy nie dostarczały Zamawiającemu podstaw do uznania, iż złożona Polisa OC świadczy o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej wykonawcy, która jest w jakimkolwiek stopniu związana z przedmiotem zamówienia. Należy nadmienić, iż Wykonawca do wyjaśnień złożonych pismem z dnia 12 lutego 2018 r., w odniesieniu do Polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894, nie załączył żadnych dokumentów na dowód przedstawionego twierdzenia ubezpieczyciela, że ubezpieczenie obejmuje cały zakres działań prowadzonych przez naszą spółkę, w tym również działania związane z prowadzeniem usług odczytów mediów. W konsekwencji, w opinii UZP, brak było podstaw do uznania przez Zamawiającego, że polisa złożona wraz z ofertą w niniejszym postępowaniu czyniła zadość wymaganiom określonym w SIWZ przez Zamawiającego w odniesieniu do związku przedmiotu działalności objętej ubezpieczeniem z przedmiotem zamówienia, tj. usługą odczytu układów pomiarowych. Nadto

wskazał, że w dniu 15. 01. 2018 r. na 7 dni przed terminem składania ofert wystąpiliśmy do Ubezpieczyciela firmy InterRisk o zawarcie umowy ubezpieczenia - Polisy OC obejmującej również PKD 82.99 - usługi odczytowe liczników.

W myśl § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. poz. 1126) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż w ww. Rozporządzeniu brak jest wymagania, aby polisa OC obejmowała zakresem ubezpieczenia cały przedmiot zamówienia. Jednakże zastrzeżenie zawarte S 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie uprawnia wykonawców do przedkładania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w dowolnym zakresie, ale w zakresie działalności gospodarczej wykonawcy, która jest związana z przedmiotem zamówienia. Musi więc istnieć powiązanie tego ubezpieczenia z realną możliwością realizacji uprawnień także w ramach szkód zaistniałych na tle określonego zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1059/18).

Skoro zatem w stanie faktycznym sprawy Wykonawca nie udowodnił, iż w zakresie Polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894 była ubezpieczona działalność związana z przedmiotem zamówienia, to należy uznać, że Wykonawca nie posiadał oraz nie wykazał zdolności do bycia ubezpieczonym w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Reasumując, Wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na dzień składania ofert, tj. 22 stycznia 2018 r. Polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894 złożona wraz z ofertą z przyczyn omówionych wyżej nie mogła potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie była związana z przedmiotem zamówienia.

Co zaś dotyczy Polisy Seria K 13001819 wystawionej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., to z jej treści *expressis verbis* wynika, iż nie była ona aktualna na dzień terminu składania ofert, a więc nie obejmuje okresu ubezpieczenia od dnia upływu terminu składania ofert, tym samym nie potwierdza spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Z kolei z wyjaśnień Zamawiającego, udzielonych zarówno w piśmie z dnia 17 kwietnia 2018 r skierowanego do Wykonawcy ENERGO-ZET, jak i z wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 6 lipca 2018 r. na wezwanie Urzędu, wynika, iż Zamawiający uznał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o Polisę Seria K 13001819 wystawioną w dniu 29 stycznia

2018 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., wskazując iż *Polisa seria K nr 13001819 jest zgodna z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a „usługi odczytowe liczników” obejmują świadczenie usług polegających na odczycie układów pomiarowych w tym w szczególności gazowych układów pomiarowych.*

Podsumowując, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli pismem: PSGZA.ZZDZ.901.60.20 doręczonym Prezesowi Urzędu 17 stycznia 2020 roku.

W opinii Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Firm: Energo-Moc Wzorcownia sp. z o.o., Energoobsługa K. K. sp. j. oraz Energo-Marsz s.c. E. S., M. D., R. W.(dalej także jako Wykonawca). Zdaniem Zamawiającego, ocena prawidłowości przedmiotowego postępowania sprowadza się w istocie do oceny przedłożonej przez Wykonawcę polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894, wystawionej przez TUIR ALLIANZ Polska S.A., która to polisa została złożona wraz z ofertą do postępowania przetargowego. Zamawiający wskazał, że polisę Bezpieczny Biznes nr 63152894 uznać należy za prawidłową i wystarczającą do dalszego procedowania postępowania o zamówienie publiczne z Wykonawcą, który tę polisę przedstawił. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Zamawiający, oceniając ofertę powziął wątpliwość w przedmiocie treści i zakresu powyższej polisy, a także zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie tych wątpliwości. W odpowiedzi, pismem z dnia 12 lutego 2018 r. Wykonawca wskazał, że *„ubezpieczenie obejmuje cały zakres działań prowadzonych przez naszą spółkę, w tym również działania związane z prowadzeniem usług odczytu mediów”*. Wyjaśnienia te nie budzą poważnych wątpliwości. Jak wyjaśnił Wykonawca, jego działalność gospodarcza obejmuje 68 różnych rodzajów działalności (kodów PKD), a do polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894 ubezpieczyciel wpisał działalność podstawową, pomijając 67 innych rodzajów działalności. Takie działanie znajduje uzasadnienie w znacznej liczbie przedmiotów działalności gospodarczej Wykonawcy. Oczekiwanie, że ubezpieczyciel każdorazowo wpisywać będzie do treści polisy 68 różnych przedmiotów działalności gospodarczej nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt KIO 797/14 *„Polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający*

w związku z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame” jak również w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1515/13 „Polisa OC na potwierdzenie spełniania warunku nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna przynajmniej w minimalnym zakresie być związana z tym przedmiotem zamówienia”. Zamawiający z treści przywołanych wyroków wywodzi, że Wykonawca nie musi przedstawić polisy ubezpieczeniowej, w której literalnie będzie wskazana działalność stanowiąca przedmiot postępowania.

Zamawiający podkreślił, że kwestionowana przez Urząd polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894, wystawiona przez TUiR ALLIANZ Polska S.A., obowiązywała jedynie do dnia 28 lutego 2018 r. Przed upływem terminu składania ofert Wykonawca zwrócił się do innego ubezpieczyciela z wnioskiem o zawarcie nowej polisy. Polisa Seria K 13001819, została wystawiona przez InterRisk TU S.A. w dniu 29 stycznia 2018 r., czyli na ponad miesiąc przed dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia w zakresie części II oraz części III.

W tym miejscu Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że kwestionuje stanowisko Urzędu, zgodnie z którym, treść przedłożonej przez Wykonawcę polisy Bezpieczny Biznes nr 63152894 powinna spowodować wykluczenie tego Wykonawcy. Na ocenę całokształtu postępowania powinno mieć jednak również znaczenie, że Wykonawca przedłożył nową polisę Seria K 13001819, wystawioną przez InterRisk TU S.A., która obowiązywała od dnia 29 stycznia 2018 r. Jak ponadto wynika z treści wyjaśnień Wykonawcy z dnia 12 lutego 2018 r., zwrócił się on z wnioskiem o zawarcie umowy ubezpieczenia do Ubezpieczyciela InterRisk już w dniu 15 stycznia 2018 r., czyli na 7 dni przed terminem składania ofert, natomiast polisa została zawarta w dniu 29 stycznia 2018 r., tj. na ponad miesiąc przed dniem zawarcia umowy. Zawarcie nowej polisy Serii K 13001819 w nieodległym siedmiodniowym terminie po upływie terminu składania ofert jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca spełniał w tym okresie warunki dotyczące jego sytuacji ekonomicznej, wymagane do udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Pismem z dnia 28 stycznia 2020 roku Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, nie uwzględniając zastrzeżeń Zamawiającego w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje ją za własną.

Nie powielając szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, Izba wskazuje, że zgodnie art. 154 pkt 11 ustawy Pzp: *Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.* Zgodnie z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp: *Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.* Zgodnie z art. 161 ust. 1 ustawy Pzp *Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień.*

Oznacza to, że również opinia Krajowej Izby Odwoławczej ogranicza się do oceny prawidłowości stwierdzonego w toku kontroli naruszenia przepisów ustawy Pzp, w kontekście zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń.

Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia 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 treścią art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej.*

Zgodnie z treścią 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

Zgodnie z treścią Art. 7 ust. 3 Pzp *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba podkreśla, że jednym z podstawowych elementów decydujących o możliwości ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia publicznego jest spełnienie

warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Stan, w którym wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie i kształcie określonym przez Zamawiającego musi trwać nieprzerwanie przez cały proces udzielania zamówienia, tj. od momentu złożenia oferty aż do zakończenia postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym stwierdzić należy, że Zamawiający udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Wykonawca któremu udzielono zamówienia publicznego podlegał wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej.

Wskazać należy, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. poz. 1126) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów *potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.*

Z powyższego jednoznacznie wynika, że działalność związana z przedmiotem zamówienia, musi być objęta ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, którym to wykonawca musi się wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej musi swym zakresem ubezpieczenia obejmować tę działalność, która jest związana z przedmiotem zamówienia. Nie stanowi jednak przeszkody, aby dokument taki obejmował swym zakresem również inną działalność wykonywaną przez wykonawcę, niezwiązaną z przedmiotowym zamówieniem.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach do kontroli, Izba podkreśla, że stwierdzenie przez Zamawiającego, że Polisę Bezpieczny Biznes nr 63152894, wystawioną przez TUiR ALLIANZ Polska S.A. *należy uznać za prawidłową i wystarczającą do dalszego procedowania postępowania* nie jest wystarczające aby uznać, że czynności Zamawiającego nie stanowiły naruszeń zarzucanych przez Kontrolującego. Zamawiający poza kolejnym przywołaniem wyjaśnień wykonawcy z dnia 12 lutego 2018 r. w których jedynie wskazano, że ubezpieczenie obejmuje cały zakres działalności prowadzonej przez spółkę, nie wykazał, że Polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894, obejmowała działalność związaną z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w zastrzeżeniach przywołał jedynie

orzecznictwo KIO, z którego wynika że działalność objęta ubezpieczeniem ma być związana z przedmiotem zamówienia (co Izba również potwierdza), jednocześnie nie podjął jakiegokolwiek próby wyjaśnienia, że działalność wskazana w polisie i objęta ubezpieczeniem jest działalnością związaną z przedmiotem zamówienia. Ponadto nie przedstawił żadnej argumentacji, nie wskazał żadnych dowodów, na potwierdzenie, że Polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894, obejmowała swym zakresem działalność wykonawcy, związaną z przedmiotem zamówienia, a jedynie tak okoliczność stanowiłaby podstawę do uznanie czynności Zamawiającego dotyczące udzielenia zamówienia za prawidłowe.

W ocenie Izby, wyjaśnienia Zamawiającego nie potwierdzają, że Polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894, obejmowała swym zakresem ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wystawienie kolejnej polisy już po dacie złożenia oferty, która w swej treści obejmowała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej dla działalności związanej z przedmiotem zamówienia pozostaje bez znaczenia dla oceny powyższego. Ta kolejna wystawiona polisa potwierdza faktycznie, że zakres objęty polisą może obejmować działalność związaną z przedmiotem zamówienia, co wprost dowodzi, że Polisa Bezpieczny Biznes nr 63152894 tego zakresu nie obejmowała. Stan spełnienia warunku udziału w postępowaniu nastąpił dopiero z chwilą zawarcia nowej polisy (już po dacie składania ofert) a miał istnieć w sposób nieprzerwany od momentu złożenia ofert, przez cały czas trwania postępowania.

W powyższych okolicznościach należy stwierdzić, że Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, co potwierdza słuszność stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Podsumowując powyższe, Izba podkreśla, iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2019 r.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....