

Sygn. akt: KIO 3248/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 3248/24 wykonawcy T. K. działającego pod firmą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie;

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z

siedzibą w Łodzi i:

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 3248/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego pn. „Świadczenie usługi żywienia żołnierzy Wojskowej Akademii Technicznej w Warszawie”, ogłoszonego w dniu 14 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem: Dz.U. S: 115/2024, numer publikacji: 354244-2024, numer sprawy u

Zamawiającego: 93/DMA/2024.

W dniu 27 sierpnia 2024 r. Odwołujący: Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. K. działającego pod firmą Gastro-Team K. T. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 6 września 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

- 1) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp:
 - a) zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego;
 - b) zaniechanie wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia Polisy OC potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu;
- 2) niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wybór oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo iż Wykonawca podlega wykluczeniu z powodu nienależytego wykonania zamówienia na rzecz Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia Polisy OC potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej, w sytuacji gdy złożona przez Wykonawcę Polisa OC nie potwierdza posiadania przez Wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, ponieważ nie obejmuje rzeczywistego zakresu działalności gospodarczej Wykonawcy, która generuje znacznie większy obrót niż 100.000,00 złotych, co powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do zdolności opłacenia przez Wykonawcę składki od ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej działalności gospodarczej Wykonawcy w rzeczywistym rozmiarze;
3. a w konsekwencji art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy, pomimo tego, że Wykonawca podlegał odrzuceniu, a nadto zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia Polisy OC potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp -w związku z zarzutem nr 1);
3. wezwania Przystępującego do złożenia Polisy OC obejmującej rzeczywisty zakres działalności gospodarczej Wykonawcy, obowiązującej na moment składania ofert — w związku z zarzutem nr 2);
4. ponowne dokonanie czynności oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. ogłoszenia nr 2024/BZP 00243188 z dnia 2024-03-13 o wykonaniu umowy, umowa nr AP.26.US1.2024 z dnia 25.01.2024 r., wypowiedzenie umowy nr AP.26.US 1.2024 (z dnia 2 lutego 2024 roku) — w celu wykazania faktu nienależytego wykonania przez Wykonawcę umowy o zamówienie publiczne na rzecz Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc;
2. Ogólne Warunki Ubezpieczenia dla Małych i Średnich Przedsiębiorstw „Generali z myślą o firmie”, obowiązuje od 22 czerwca 2023 — w celu wykazania faktu obliczania przez Ubezpieczyciela składki ubezpieczeniowej w oparciu o obrót i liczbę pracowników;
3. Specyfikacja Warunków Zamówienia do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi żywienia żołnierzy Wojskowej Akademii Technicznej w Warszawie”, nr sprawy 36/DMA/2023; wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia z dnia 22.05.2023 r. złożony przez Wykonawcę — w celu wykazania faktu skierowania przez Wykonawcę 5 osób do realizacji umowy realizowanej w okresie od dnia 16 czerwca 2023 roku do dnia 30 września 2024 roku na rzecz Zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący wnioskował o zobowiązanie Zamawiającego do dołączenia do akt sprawy pełnej dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi żywienia żołnierzy Wojskowej Akademii Technicznej w Warszawie”, nr sprawy 36/DMA/2023 - w celu przeprowadzenia powyższych dowodów.

W zakresie zarzutu 1) Odwołujący zwrócił uwagę, że w punkcie 2.1.4. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale VI Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) Zamawiający

przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp Zamawiający jest w posiadaniu informacji o tym, iż Wykonawca nienależycie wykonał zamówienie publiczne na rzecz Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący w dniu 25 stycznia 2024 roku zawarł umowę z tym zamawiającym, a umowa nie została zrealizowana w przewidzianym terminie (do dnia 25.06.2024), bowiem już w dniu 2 lutego 2024 roku Wykonawca umowę zerwał, co potwierdza: ogłoszenie o wykonaniu umowy z dnia 2024-03-13, umowa nr AP.26.US 1.2024 z dnia 25.01.2024 r., wypowiedzenie umowy nr AP.26.US1.2024 (z dnia 2 lutego 2024 roku).

Odwołujący zauważył, że Przystępujący oświadczył, że rozwiązał umowę z powodu dokonywanych „kontroli jakościowo ilościowych w sposób nierzetelny tj. bez obecności przedstawicieli Wykonawcy i sugerowanie, że dostawy realizowane przez Wykonawcę odbiegają od ustaleń wynikających z umowy.” Niezależnie od tego, czy faktycznie zamawiający należycie wykonywał swoje obowiązki i uprawnienia, rozwiązanie w trybie natychmiastowym umowy po 9 dniach jej realizacji, nasuwać musi wniosek, że Wykonawca naruszył uprawnienie do rozwiązania umowy z ważnych powodów, co podważa jego uczciwość.

Odnosnie zarzutu 2) Odwołujący wskazał, że w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, gdzie w

odniesieniu do tego warunku Zamawiający wymaga, aby wykonawca był „ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000 000,00 zł.”.

Ponadto Zamawiający wymagał, aby ubezpieczenie posiadało „stosowną klauzulę rozszerzającą zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ubezpieczonego, za szkody osobowe i/lub zdrowotne (np. choroby układu trawiennego) lub rzeczowe wyrządzone przez produkty, dostarczone, sprzedane przez ubezpieczonego i spowodowane przez nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w okresie ubezpieczenia.”

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał, w punkcie 2.1.4. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale VII punkt 7 SWZ, przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że „Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z rozszerzonym zakresem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ubezpieczonego, za szkody osobowe i/lub zdrowotne (np. choroby układu trawiennego) lub

rzeczowe wyrządzone przez produkty wyprodukowane, dostarczone, sprzedane przez ubezpieczonego i . spowodowane przez nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w okresie ubezpieczenia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego oraz dokument potwierdzający opłacenie składki.”

Odwolujący wyjaśnił, że Przystępujący przedłożył dokument polisy OC nr 50013924672, w której wskazane są następujące dane:

„...OKRES UBEZPIECZENIA od 30.04.2024 do 29.04.2025 RODZAJ DZIAŁALNOŚCI WYKONYWANEJ PRZEZ UBEZPIECZONEGO 1 OBEJMOWANEJ OCHRONĄ PK_D Ubezpieczonego: PKD: 56.21 Przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering) PKD: 56.29 Pozostała usługowa działalność gastronomiczna Czy działalność prowadzona jest w budynkach drewnianych? Nie Główna działalność: PKD: 56.21 Przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering) PRZEm,flOT 1 ZAKRES UBEZPIECZENIA Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej Suma gwarancyjna: 2.500.000,00 zł Składka: 699,00 zł Zakresem ubezpieczenia objęta jest odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych (odpowiedzialność deliktowa) w związku z prowadzoną działalnością i posiadanym mieniem oraz odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązania (odpowiedzialność kontraktowa) Zakres terytorialny: Unia Europejska, Wielka Brytania, Szwajcaria, Lichtenstein, Islandia i Norwegia Obrót do: 100 000,00 zł Liczba pracowników: 2 Franszyza redukcyjna: 500 zł Zakres ubezpieczenia obejmuje Klauzulę reprezentantów, rażące niedbalstwo, odpowiedzialność cywilną w związku z organizacją imprez nie podlegających obowiązkowemu ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej, szkody spowodowane awarią urządzeń wodno-kanalizacyjnych i centralnego ogrzewania, szkody powstałe po przekazaniu przedmiotu wykonanej pracy lub usługi w użytkowanie odbiorcy, uszkodzenie podziemnych instalacji i urządzeń. KLAUZULE ROZSZERZAJĄCE ZAKRES UBEZPIECZENIA OC 1 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej za produkt; suma gwarancyjna: 2 000 000,00 zł; składka 377,00 zł OC 2 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej pracodawcy; suma gwarancyjna: 2 000 000,00 zł; składka 63,00 zł OC 10 Ubezpieczenie szkód spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń; suma gwarancyjna 2 000 000,00 zł; składka 248,00 zł Franszyza redukcyjna: zgodnie z OWU PRZEBIEG SZKODOWY W OSTATNICH 5 LATACH Liczba szkód: 0 Zniżki specjalne Kod rabatowy -10% SKŁADKA 1 TERMINEM PŁATNOŚCI RAZEM 1 387,00 zł Wykonawca opłacił składkę w całości i w terminie...”

Odwolujący wskazał, że przedkładając wyżej opisaną Polisę OC Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Zaznaczył, że Przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w przedmiocie działalności gospodarczej Wykonawcy polegającej na przygotowywaniu i dostarczaniu żywności dla odbiorców zewnętrznych (catering), jednakże rozmiar tej działalności gospodarczej został znacznie przez Wykonawcę zaniżony.

Wyjaśnił, że Przystępujący wnioskując o zawarcie umowy ubezpieczenia wskazał, że jego obrót wynosi 100.000,00 złotych i że zatrudnia 2 pracowników.

Jednocześnie w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej Przystępujący przedłożył wykaz usług wykonanych w okresie 3 lat, z którego wynika, że Wykonawca realizuje:

- 1) usługę na rzecz Komendy Stołecznej Policji w okresie od 6 kwietnia 2022 roku do 28 czerwca 2026 roku — o wartości umowy 13.123.200,00 złotych; w referencjach Komenda Stołeczna Policji potwierdziła, że w okresie od 6 kwietnia 2022 roku do 15 lipca 2024 roku Wykonawca zrealizował usługi o wartości 7.418.679,20 złotych brutto.
- 2) usługę na rzecz Zamawiającego w okresie od dnia 16 czerwca 2023 roku do dnia 30 września 2024 roku — o wartości umowy 8.989.056,00 złotych oraz o wartości aneksu 898.560,00 złotych.

Według Odwołującego - z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wynika, że jego obrót roczny jest znacznie wyższy niż 100.000,00 złotych. Tylko wartość zamówienia zrealizowanego na rzecz Zamawiającego w okresie roku wynosiła 8.989.056,00 złotych. Wysokość obrotu i liczba pracowników została ujawniona w Polisie OC nieprzypadkowo.

Zwrócił przy tym uwagę, że z Ogólnych Warunków Ubezpieczenia dla małych i średnich przedsiębiorstw „Generali, z myślą o firmie” (obowiązujące od 22 czerwca 2023 roku) - 4 ust. 2 — wynika, że „wysokość składki ubezpieczeniowej za zakres ubezpieczenia przewidziany w OWU, Generali oblicza na podstawie obowiązującej taryfy stawek, po dokonaniu oceny ryzyka wnioskowanego przez Ubezpieczającego.”.

Odwołujący wywodził, że wielkość obrotu gospodarczego działalności podlegającej ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej ma wpływ na ocenę ryzyka ubezpieczeniowego, a tym samym na wysokość składki.

Twierdzenie to potwierdza również wspomniane wyżej OWU - 4 ust. 4: „Przy obliczaniu składki ubezpieczeniowej Generali bierze pod uwagę:

- 1) zakres ubezpieczenia,
- 2) sumę ubezpieczenia lub sumę gwarancyjną, limity odpowiedzialności,
- 3) okres ubezpieczenia,
- 4) rodzaje przedmiotów ubezpieczenia (w ubezpieczeniu mienia),
- 5) rodzaj prowadzone działalności gospodarczej lub zawodowej,
- 6) wysokość obrotu (podkr. autora) (w ubezpieczeniu mienia w transporcie i ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej),
- 7) liczbę pracowników (podkr. autora) (w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej, w przypadku rozszerzenia ochrony ubezpieczeniowej w zakresie klauzuli OC2),
- 8) wysokość fransyz redukcyjnych,
- 9) zawarcie ubezpieczenia na warunkach odmiennych od niniejszych OWU.” Podkreślenia wymaga, że OWU definiuje pracowników w § 2 pkt 53. Pracownikiem jest „osoba fizyczna:
 - a) zatrudniona przez Ubezpieczonego w oparciu o umowę o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę,
 - b) zatrudniona przez Ubezpieczonego na podstawie umowy zlecenia lub umowy o świadczenie usług zbliżonej do zlecenia, także jeżeli prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą,
 - c) zatrudniona przez agencję pracy tymczasowej wyłącznie w celu wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem Ubezpieczonego będącego pracodawcą użytkownikiem (pracownik tymczasowy),
 - d) zatrudniona przez Ubezpieczonego w oparciu o umowę o staż lub umowę o praktyki absolwenckie,
 - e) świadcząca na rzecz Ubezpieczonego pracę na podstawie porozumienie o wolontariat (wolontariusz), z zastrzeżeniem, że status pracownika przysługuje tym osobom wyłącznie w zakresie w jakim wykonują czynności na rzecz Ubezpieczonego.”.

Jako dowód w tym względzie Odwołujący powołał się na Ogólne Warunki Ubezpieczenia dla Małych i Średnich Przedsiębiorstw „Generali z myślą o firmie”, obowiązujące od 22 czerwca 2023.

Zdaniem Odwołującego – Przystępujący zawierając w dniu 3 kwietnia 2024 roku umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, Wykonawca wskazał nieprawidłową liczbę Pracowników (w rozumieniu powyżej).

Wskazał, że nie było możliwe, aby wykonując dwie usługi — przygotowywania i dostarczania posiłków na rzecz Komendy Stołecznej Policji oraz całodziennego żywienia 700 żołnierzy na rzecz Zamawiającego - Wykonawca zatrudniał (niezależnie od podstawy prawnej) tylko dwie osoby.

Odwołujący zauważył, że w postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego w 2023 roku, które zakończyło się zawarciem z Wykonawcą umowy nr 412/8250/WAT/2023 z dnia 16.06.2023 r., Wykonawca oświadczył, że skieruje do realizacji umowy 5 osób: 2 kucharzy, 1 technologa żywienia oraz 2 dietetyków, co potwierdza Specyfikacja Warunków Zamówienia do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi żywienia żołnierzy Wojskowej Akademii Technicznej w Warszawie”, nr sprawy 36/DMA/2023; wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia z dnia 22.05.2023 r.

W ocenie Odwołującego – Przystępujący zawierając umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w oparciu o rażąco zaniżoną wartość obrotu oraz zaniżoną liczbę pracowników Wykonawca zaniżył wysokość składki ubezpieczeniowej.

Tym samym Odwołujący stwierdził, że dokumenty przedłożone przez Wykonawcę (Polisa OC i potwierdzenie uiszczenia składki) nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej, a Przystępujący nie wykazał, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej odpowiednie do zakresu działalności, a tym samym, że jest zdolny do ubezpieczenia własnej działalności w rzeczywistym rozmiarze (obróć i liczba pracowników) oraz poniesienia kosztów uzyskania tego ubezpieczenia.

Podkreślił przy tym, że warunek udziału w postępowaniu określony w art. 115 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp dotyczy nie jakiegokolwiek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, a odpowiedniego do zakresu prowadzonej działalności.

Tym samym znaczenie – w opinii Odwołującego - ma nie tylko przedmiot ubezpieczanej działalności (czyli poszczególne PKD), ale również rozmiar działalności (obróć i liczba pracowników) i dopiero w przypadku wskazania przez ubezpieczającego rzeczywistego zakresu działalności gospodarczej, możliwe jest prawidłowe oszacowanie ryzyka wystąpienia ewentualnej szkody oraz dokonanie ustalenia właściwej wysokości składki ubezpieczeniowej.

W przekonaniu Odwołującego - jedynie legitymowanie się przez wykonawcę Polisa OC, zawierającą prawidłowe dane dotyczące zakresu prowadzonej działalności gospodarczej, stanowi dowód zdolności finansowej wykonawcy, tj. zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia.

Wobec faktu powyższego, Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający winien był wezwać Przystępującego do przedłożenia Polisy OC obejmującej rzeczywisty zakres

działalności gospodarczej Wykonawcy (może Wykonawca posiada jakieś ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej u innego ubezpieczyciela), a w przypadku jej braku, odrzucić ofertę Wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej.

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 września 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

- 1) odrzucenie względnie oddalenie zarzutu nr 1,
- 2) oddalenie zarzutu nr 2,
- 3) obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 1) Zamawiający stwierdził, że jest on spóźniony i/lub niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Zamawiający w pierwszej kolejności wnosil o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp powołując się na przepisu art. 515 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosil się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący powziął wiadomość najpóźniej w dniu 29 lipca 2024 r., kiedy to w piśmie datowanym w tym dniu skierował do Zamawiającego zarzut naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustaw Pzp przez wykonawcę GASTRO-TEAM.

Jako dowód powołał się na pismo (notatka służbowa) Odwołującego z dnia 29 lipca 2024 r. – w aktach sprawy.

Zatem biorąc pod uwagę, że bieg terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 29 lipca 2024 r., Zamawiający stwierdził, że jego upływ nastąpił w dniu 8 sierpnia 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 6 września 2024 r.

Zamawiający wskazał, że taką zasadę potwierdziło postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 262/24 z dnia 21.02.2024 r.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił faktu przedstawionego w tym zarzucie dotyczącego naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że na wezwanie Zamawiającego Wykonawca GASTRO-TEAM przedstawił obszernie wyjaśnienia z dnia 1 sierpnia 2024 r. poparte dowodami w postaci dokumentów.

Według Zamawiającego zarzut podniesiony przez Odwołującego opiera się de facto na jego spekulacjach i domysłach, na co dobitnie wskazuje ostatni akapit uzasadnienia do tego zarzutu. Brak jest zatem podstaw faktycznych i prawnych, aby zakwestionować wyjaśnienia tego wykonawcy i przedstawione dowody.

Odnosząc się do zarzutu nr 2) Zamawiający zwrócił uwagę, że w dziale V – Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykazał, składając stosowny podmiotowy środek dowodowy, że: „jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000 000,00 zł.

Wymagane ubezpieczenie posiadające stosowną klauzulę rozszerzającą zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ubezpieczonego, za szkody osobowe i/lub zdrowotne (np. choroby układu trawiennego) lub rzeczowe wyrządzone przez produkty wyprodukowane, dostarczone, sprzedane przez ubezpieczonego i spowodowane przez nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w okresie ubezpieczenia.”.

Zamawiający wyjaśnił, że Przystępujący w dniu 24.07.2024 r., na wezwanie Zamawiającego złożył wymagany podmiotowy środek dowodowy w postaci polisy nr 50013924672, okres obowiązywania od 30.04.2024 r. do 29.04.2025 r., z treści którego wynikało, że jest ubezpieczony na kwotę 2 500 000,00 zł, opłacił składki, a polisa zawiera stosowną klauzulę rozszerzającą zakres ubezpieczenia. Tym samym treść polisy w ocenie Zamawiającego potwierdziła spełnienie

postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że złożony podmiotowy środek dowodowy jest nieprawidłowy i że należy wezwać Wykonawcę do jego wyjaśnienia, poprawienia lub uzupełnienia.

Zamawiający wskazał również, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej: „ratio legis wprowadzeniu 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 profesjonalisty 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” (Wyrok KIO z 14.06.2018 r., KIO 1059/18, LEX nr 2557119).

Według Zamawiającego - będąc zgodnie z powszechnie obowiązującą zasadą zamówień publicznych „gospodarzem postępowania” może dowolnie (jednak w granicach wyrażonej treścią art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zasady proporcjonalności) kształtować warunki udziału w postępowaniu, w tym szczegółowo określić warunki, które spełnić musi posiadane przez wykonawcę ubezpieczenie. Jeśli więc Zamawiający w SWZ nie sprecyzował szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, nie wymagając konkretnych zapisów lub ograniczeń, to nie sposób czynić zarzutu sprzeczności z treścią warunku udziału w postępowaniu wobec złożonej w postępowaniu polisy, która zawiera szereg dodatkowych zapisów niebędących przedmiotem oceny Zamawiającego w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powołał się również na pogląd wyrażony w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie stwierdzono, że: „(...) zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Celem żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności jest wykazanie warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wykazanie, że wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej.

Zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamy (identyczny, niczym się nie różniący, taki sam) z przedmiotem zamówienia. Ponadto wskazać trzeba, iż dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie należy utożsamiać z ubezpieczeniem działalności wykonawcy na etapie realizacji kontraktu, ponieważ obydwa dokumenty mają zupełnie inne znaczenie i cele.”. (wyrok z dnia 3.10.2022 r., KIO 2391/22).

Zamawiający przytoczył również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 2444/17: „Wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną, ma weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także – po drugie – możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia”.

W świetle powyższego Zamawiający uznał, że Wykonawca przedłożył dokument spełniający wymagania Zamawiającego, a tym samym potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu i pozwalający na uznanie, że Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego i złożonych przez tego wykonawcę polis ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC), notatki służbowej z dnia 29 lipca 2024 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 sierpnia 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 września 2024 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.128 ust.1 ustawy Pzp, art.109 ust.1 pkt 5) i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp oraz art. 239 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego ze skutkiem odrzucenia jego oferty w warunkach opisanych w dyspozycji przepisu art.109 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, a także czy Zamawiający powinien wezwać Przystępującego w trybie przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp do złożenia nowej polisy OC potwierdzającej posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w pkt 1 rozdziału VI. SWZ postanowił, że z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 109 ust. 1 pkt 5 – 10 ustawy Pzp (...).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący pismem z dnia 29 lipca 2024 r. zawiadomił Zamawiającego o następujących niezgodnościach z prawem: „ Zamawiający Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc Płocka 26 01-138 Warszawa w dniu 13.03.2024 umieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Ogłoszenie o wykonaniu umowy Usługi Świadczenie kompleksowych usług całodziennego żywienia chorych w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie, zawierającą następujące informacje:

SEKCJA IV – PODSTAWOWE INFORMACJE O ZAWARTEJ UMOWIE

4.1.) Data zawarcia umowy: 2024-01-25

4.2.) Okres realizacji zamówienia:

5 miesiące

4.3.) Dane wykonawcy, z którym zawarto umowę:

4.3.1.) Nazwa (firma) wykonawcy, któremu udzielono zamówienia (w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia – dotyczy pełnomocnika, o którym mowa w art. 58 ust. 2 ustawy):
GASTRO TEAM T. K.

4.3.2.) Krajowy Numer Identyfikacyjny: 5241460786

4.3.3.) Ulica: Parowcowa 18/22a

4.3.4.) Miejscowość: Warszawa

4.3.5.) Kod pocztowy: 02-445

4.3.6.) Województwo: mazowieckie

4.3.7.) Kraj: Polska

4.4.) Wartość umowy: 1282612,32 PLN

4.5.) Numer ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP lub Dz. Urz. UE: 2024/BZP 00069193/01

SEKCJA V PRZEBIEG REALIZACJI UMOWY

5.1.) Czy umowa została wykonana: Nie

5.2.) Termin wykonania umowy: 2024-02-02

5.3.) Czy umowę wykonano w pierwotnie określonym terminie: Nie

5.4.) Informacje o zmianach umowy

5.4.1.) Liczba zmian: 0

5.5.) Łączna wartość wynagrodzenia wypłacona z tytułu zrealizowanej umowy: 58011,15 PLN

5.6.) Czy umowa została wykonana należyście: Nie

Zgodnie z ogłoszeniem Wykonawca GASTRO TEAM T. K. w sposób nienależyty wykonał zamówienie na rzecz Zamawiającego Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc Płocka 26 01138 Warszawa- w załączeniu ogłoszenie o wykonaniu umowy

Nienależyte wykonanie umowy zostało też potwierdzone przez Zamawiającego w raporcie realizacji ww. umowy- w załączeniu

W konsekwencji, w stosunku do tego wykonawcy zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5

Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

Zamawiający w SWZ określił podstawy wykluczenia z postępowania:

VI. PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz

z art. 109 ust. 1 pkt 5 – 10 ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe okoliczności oferta Wykonawcy GASTRO TEAM T. K. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp. – z tego powodu, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych.(...).

W związku z datą powyższego zawiadomienia Zamawiającego przez Odwołującego o powyższych okolicznościach, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego o spóźnionym charakterze zarzutu nr 1.

Stosownie do art.515 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Według zapatrywania Izby Odwołujący już na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dysponował wiedzą o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania i mógł sformułować stosowny zarzut wnosząc odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w warunkach art.226 ust.1 pkt lit. a ustawy Pzp w związku z art.109 ust.1 pkt 5 tejże ustawy.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił przesłanek z art.109 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Z materiału dokumentacyjnego wynika, że Zamawiający na zasadzie art.223 ust.1 ustawy wystąpił pismem z dnia 30 lipca 2024 r. do Przystępującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty „(...)w zakresie: w związku z pismem z dnia 29.07.2024 r. otrzymanym od wykonawcy Naprzód Catering Sp. z o. o. (załączonym do niniejszego wezwania), w którym informuje Zamawiającego o nienależytym wykonaniu zamówienia na rzecz Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc, ul. Płocka 26, 01-138 Warszawa, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia załączonego pisma.

Jednocześnie, wskazują Państwo w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), że Wykonawca „NIE” znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.(...).

W następstwie powyższego wezwania Przystępujący wyjaśnił, co następuje:

„(...)W dniu 25 stycznia 2024 roku w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego Wykonawca zawarł z IGiChP umowę nr AP.26.US1.2024 na świadczenie, kompleksowych usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów polegające na przygotowaniu u dostawie do siedziby Zamawiającego posiłków przeznaczonych dla osób hospitalizowanych oraz pracowników. Podnieść należy, że jeszcze przed zawarciem niniejszej umowy Wykonawca był zniechęcany przez Zamawiającego do jej podpisania, co było najprawdopodobniej spowodowane, tym, że oferta Wykonawcy okazała się korzystniejsza niż oferta pożądanego przez IGiChP oferenta.

Pomimo powyższego działania Wykonawca podpisał umowę i przystąpił do jej realizacji.

Niestety, od samego początku realizacji umowy Zamawiający nie podjął współpracy z Wykonawcą w celu należytego wykonywania umowy, a wręcz przeciwnie stale i uparczywie próbował zniechęcić Wykonawcę do świadczenia usług zgodnie z umową. Zamawiający m.in. dokonywał kontroli jakościowo ilościowych w sposób nierzetelny tj. bez obecności przedstawicieli Wykonawcy i sugerował, że dostawy realizowane przez Wykonawcę odbiegają od ustaleń wynikających z umowy. Wysuwał bezpodstawne zastrzeżenia co do temperatury dostarczanych posiłków, w sytuacji gdy pomiar temperatury był dokonywany przez Zamawiającego po przelaniu posiłków do nieogrzewanych białych. Godziny dostawy posiłków były samowolnie zmieniane przez Zamawiającego i niezgodne z tymi podanymi w SWZ.

W konsekwencji Wykonawca nie widząc woli należytej współpracy po stronie Zamawiającego w dniu 2 lutego 2024 roku tj. 7 dni po podpisaniu umowy wypowiedział ją.

Dowód: oświadczenie Gastro Team z dnia 2 lutego 2024 roku;

IGiChP przyjął powyższe oświadczenie o wypowiedzeniu umowy w trybie natychmiastowym i nie kwestionował go jak również w żaden inny sposób, nie odpowiedział. Wykonawca w dniu 14 lutego 2024 roku wystawił faktury VAT nr 8/02/2024 na kwotę 44 485,39 złotych oraz nr 9/02/2024 na kwotę 13 525,76 złotych tj. za cały okres świadczenia usług na rzecz IGiChP, która została w całości zapłacona w dniu 12 kwietnia 2024 r.

Dowód: faktury Vat nr 8/02/2024, 9/02/2024

potwierdzenie zapłaty z dnia 12 kwietnia 2024 r;

Na tym zakończyła się współpraca Wykonawcy z IGiChP w Warszawie. Wykonawca nie chciał współpracować dalej z Zamawiającym i nie składał ofert w kolejnym przetargu.

Mając powyższe na uwadze należy jednoznacznie stwierdzić, że umowa o wykonanie zamówienia publicznego zawarta przez Wykonawcę i IGiChP została wypowiedziana z winy samego Zamawiającego. W toku wykonywania umowy jak również po jej wypowiedzeniu na Wykonawcę nie została nałożona żadna kara umowna, nie był on zobowiązany do wypłaty odszkodowania lub innej formy rekompensaty na rzecz IGiChP. Wreszcie IGiChP nie

kwestionował złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli o wypowiedzeniu umowy i wypłacił na rzecz Wykonawcy należne mu za okres wykonywania umowy wynagrodzenie.

W tym stanie rzeczy zdziwienie budzi informacja zawarta w oświadczeniu IGiChP o wykonaniu umowy, w którym znajduje się informacja o nienależytym wykonaniu umowy. Po powzięciu informacji o rozpowszechnianiu takich informacji Wykonawca wezwał IGiChP do zaprzestania naruszeń i usunięcia skutków niedozwolonych działań.

Dowód: wezwanie z dnia 1 sierpnia 2024 roku;

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że Wykonawca Gastro Team T. K. w JEDZ zaznaczył opcję „NIE” przy pytaniu czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje związane z tą umową albowiem pytanie to Wykonawca odniósł wyłącznie do sytuacji, w której do w/w sytuacji miałyby dojść na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z winy Wykonawcy. Taka sytuacja nie nastąpiła przy wykonywaniu umowy z dnia 25 stycznia 2024 roku na rzecz IGiChP.

W konsekwencji w ocenie Wykonawcy brak jest podstaw do uznania, że w stosunku do niego zachodzi przesłanka wyłączenia z postępowania przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt 5)-10) pzp, w szczególności brak jest podstaw do uznania, że z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Podkreślenia wymaga, że umowa z dnia 25 stycznia 2024 roku została wypowiedziana przez samego Wykonawcę i to z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie kwestionował

złożonego oświadczenia o wypowiedzeniu i nie odstąpił od umowy jak również nie nałożył na Wykonawcę żadnych kar umownych, wręcz przeciwnie wypłacił całe należne wynagrodzenie za okres wykonywania usług.

Wskazać również należy, że w analogicznym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie wskazała, że zgodnie z art. 746 § 2 k.c. przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie, a tylko jeśli nastąpiło to bez ważnego powodu, odpowiedzialny jest za szkodę. W świetle ww. przepisu, kwestia czy wypowiedzenie nastąpiło z ważnego powodu czy nie, jest bez znaczenia dla skuteczności wypowiedzenia. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. ma charakter sankcyjny i musi być wykładany ściśle. W świetle ww. przepisu, zamawiający, a w wyniki kontroli legalności także Izba, przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy nie są uprawnieni do oceny hipotetycznych

wypowiedzeń, propozycji rozwiązania umowy, które ostatecznie nigdy nie miały miejsca. Jak wynika z ww. przepisu, jest w nim mowa o wypowiedzeniu istniejącym, dokonanym, a nie hipotetycznym. (tak, KIO w wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 roku KIO 974/23).

KIO stwierdziła również, że „analiza art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Tym samym aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy” (KIO w wyroku z dnia 31 marca 2023 KIO 719/23). Z przyczyn opisanych powyżej oczywistym pozostaje, że w/w przesłanki nie ziściły się w stosunku do Wykonawcy.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.”.

Jednocześnie, Odwołujący przedstawił dowód z raportu IGiChP z realizacji zamówienia publicznego z dnia 13 marca 2024 r. potwierdzający nienależyte wykonanie umowy.

Izba uznała powyższy dowód nienależytego wykonania umowy za niewystarczający do przyjęcia, że działanie Przystępującego było zawinione i stanowiło poważne naruszenie obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, a w szczególności, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

W ocenie Izby – zostało uprawdopodobnione przez- obie strony postępowania odwoławczego i jego uczestnika, że doszło pomiędzy stronami powyższej umowy do braku współdziałania w realizacji zamówienia, co stanowiło przeszkodę do dalszej jej realizacji, co w konsekwencji doprowadziło do wypowiedzenia umowy i co zostało zaakceptowane przez IGiChP.

Powyższe potwierdziła korespondencja mailowa pomiędzy Zamawiającym a IGiChP prowadzona w dniach 12 i 13 września 2024 r., z której wynika, że Przystępujący wypowiedział przedmiotową umowę, a tamten Zamawiający nie obciążył Przystępującego jakimikolwiek karami umownymi, co wskazuje, że doszło do rozwiązania umowy za milczącą zgodą tamtego zamawiającego.

W przekonaniu Izby – informacja o niewykonaniu umowy (vide: ogłoszenie o wykonaniu umowy - sekcja V przebieg realizacji umowy), a także jednostronny przekaz o nienależytym wykonaniu umowy zawarty w raporcie z dnia 13 marca 2024 r. same w sobie nie mogą przesądzać o możliwości skorzystania z przepisu art.109 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby - Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie był w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania, a zatem zarzut nr 1 należało również uznać za bezzasadny.

Reasumując wnioski dotyczące tego zarzutu Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art.226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przechodząc od omówienia zarzutu nr 2 Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 1.3. lit. a i b rozdziału V. SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu i postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający wymaga podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie.

Zamawiający uzna spełnienie warunku jeżeli Wykonawca:

- a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę min. 1 000 000,00 zł.
- b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 000 000,00 zł.

Wymagane ubezpieczenie posiadające stosowną klauzulę rozszerzającą zakres ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ubezpieczonego, za szkody osobowe i/lub zdrowotne (np. choroby układu trawiennego) lub rzeczowe wyrządzone przez produkty wyprodukowane, dostarczone, sprzedane przez ubezpieczonego i spowodowane przez nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w okresie ubezpieczenia.

Izba stwierdziła, że Przystępujący załączył Polisę nr 50013924672 zawartą z T.U. Generali S.A. w dniu 3 kwietnia 2024 r. z okresem ubezpieczenia od 30.04.2024 (godz. 00:00) do 29.04.2025 (godz. 23:59) z sumą gwarancyjną 2 500 000 zł z klauzulą rozszerzającą zakres ubezpieczenia - OC 10 ubezpieczenie szkód spowodowanych przeniesieniem chorób zakaźnych i zakażeń z sumą gwarancyjną 2 000 000 zł.

W przekonaniu Izby – załączona przez Przystępującego polisa OC mieści się literalnie w treści powołanego na wstępie warunku udziału w postępowaniu.

W myśl przepisu art. 115 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca przyjął, że w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Izba stwierdziła, że Zamawiający taki warunek odnoszący się do sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców przewidział poprzez wymaganie legitymowania się odpowiednim ubezpieczeniem OC, czego owi wykonawcy nie zakwestionowali na etapie przygotowywania SWZ.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający żadnych szczegółowych wymagań dotyczących treści polisy nie unormował w SWZ, a zatem nie miał on uprawnień do rozszerzenia treści warunku.

Na tle rozpoznawanego zarzutu na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że sporny warunek miał na celu jedynie wykazanie, że wykonawca ma zdolność do poniesienia kosztów związanych z ubezpieczeniem, a nie stanowi on zobowiązania do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawartej w przyszłości umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący udowodnił przy tym, że taką zdolność posiada poprzez aneksowanie powyższej polisy w dniu 10 września 2024 r. z uwzględnieniem obrotu na poziomie 28 500 000 zł i liczbie 48 pracowników.

Izba uznała, że różnica w bilansie płatności po aneksowaniu polisy na poziomie kwoty 1 871, 26 zł nie może świadczyć o braku spełniania warunku.

Wobec czego, przedłożone przez Odwołującego w tym zakresie dowody należało uznać za bezprzedmiotowe.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw do zastosowania przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp, stosownie do którego jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut wynikowy oparty o przepis art.239 ust.1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....