

WYROK

z dnia 4 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 roku przez Odwołującego: **PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 7, 26-612 Radom,**

przy udziale - wykonawcy: **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. wezwanie wykonawcy Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), do uzupełnienia dokumentu w postaci opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

1.3. dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, na rzecz Odwołującego: PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy)**, tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „RADPEC” Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu [zwane dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Świadczenie usług manewrowych na bocznicach kolejowych, usług rozładunkowych z wagonów kolejowych, usług magazynowania opału – miału węglowego – oraz nawęglanie i gospodarka odpadami paleniskowymi na terenie Ciepłowni Północ TC-II przy ul. Ziętałów w Radomiu przez okres 3 lat*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2014 roku pod numerem 2014/S 125-223304.

W dniu 13 sierpnia 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach postępowania. Oferta złożona przez wykonawcę - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu uzyskała największą liczbę punktów. Oferta złożona przez wykonawcę - PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie została sklasyfikowana na 2 pozycji.

W dniu 22 sierpnia 2014 roku wykonawca - PKP CARGO SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętej w dniu 13 sierpnia 2014 roku w przedmiocie wyboru oferty wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji wobec zaniechania Zamawiającego wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, ewentualnie wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt 1.4 oraz ust. 4 Części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej zwanej: „SIWZ”] i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o.

z siedzibą w Radomiu, pomimo nie spełnienia przez tegoż wykonawcę warunku dotyczącego wykazania wymaganej przez Zamawiającego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. nie przedstawienie dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1.000.000 PLN,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy P.z.p. w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt. 1.4 oraz ust. 4 Części III SIWZ i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu, skoro treść tej oferty nie odpowiadała SIWZ oraz została złożona przez wykonawcę, który winien podlegać wykluczeniu z postępowania,
3. art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt. 1.4 Części III SIWZ i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu do przedłożenia wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1.000.000 PLN,
4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. - przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, którą została uznana oferta Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu,
- dokonanie ponownej oceny ofert,
- dokonanie wykluczenia wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. i odrzucenie jego oferty,
ewentualnie o:
- wezwanie wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu - do przedłożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. brakującego dokumentu,

- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., tj. oferty Odwołującego jako oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, iż jego zdaniem, wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów potwierdzających jego sytuację ekonomiczną i finansową, tj. nie wykazał, by był on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący podniósł, że ww. wykonawca załączył do oferty dokument ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej typ 1301 nr 0017798 wystawiony przez Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Radomiu. Odwołujący wskazał, że z przedmiotowego dokumentu wynika, że ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej objęta jest jedynie działalność Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu oznaczona kodem PKD 43.22, tj. *Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych*, która obejmuje roboty ogólnobudowlane i specjalistyczne w zakresie budownictwa i prac inżynierii lądowej i wodnej, polegające na budowie (tzn. wznoszeniu obiektu budowlanego w określonym miejscu, odbudowie, rozbudowie i nadbudowie obiektu budowlanego) oraz prace polegające na przebudowie, remoncie, rozbiórce lub montażu obiektu budowlanego, włączając montaż budowli z elementów prefabrykowanych oraz konstrukcji o charakterze stałym lub tymczasowym. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w treści SIWZ (ust. 1 pkt. 1.4 oraz ust. 4 Części III SIWZ i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ), określił, iż wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej są zobowiązani do przedstawienia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1 000 000 PLN. Odwołujący wskazał, że wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu przedłożył polisę z której treści wynika, iż przedmiot działalności objętej ubezpieczeniem nie jest w żadnej mierze powiązany z przedmiotem zamówienia, wobec czego należałoby uznać, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej. W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż przedmiot zamówienia nie dotyczy ani wykonywania instalacji wodno-kanalizacyjnych, ani ciepłych, ani tym bardziej gazowych i klimatyzacyjnych, w tym ich remontów, napraw, modernizacji etc., co oznacza, że przedłożona polisa nie może zostać uznana za prawidłową, gdyż nie potwierdza ona, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia. Odwołujący przyznał przy tym, że ubezpieczenie nie musi pokrywać się z przedmiotem zamówienia w całości, lecz ma obejmować działalność związaną z przedmiotem zamówienia. Podkreślił jednak to, że wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu załączył do oferty dokument polisy, z którego nie wynika jakiegokolwiek związek pomiędzy ubezpieczoną działalnością, a przedmiotem zamówienia. Natomiast, jak zauważył, pomiędzy realizacją usług objętych zamówieniem, tj. obsługą bocznic kolejowych i gospodarowania odpadami (czy jak wynika z treści ogłoszenia wykonywaniem usług przeładunku i składowania towarów) nie można doszukać się jakiegokolwiek powiązania z budową, przebudową lub modernizacją sieci wodociągowo-kanalizacyjnych, ciepłowniczych. Zatem, ubezpieczona działalność ww. wykonawcy nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia. Odwołujący dodał ponadto, że nie sposób ocenić zdolności ekonomicznej i finansowej ww. wykonawcy w postępowaniu, skoro ubezpieczył on inny przedmiot działalności nie mający nic wspólnego z przedmiotem zamówienia. Odwołujący powołał również orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia i potwierdza ona wiarygodność ekonomiczną wykonawcy. Dodatkowo wskazał, że przedstawienie dowodu ubezpieczenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest też swego rodzaju wykazaniem przez wykonawcę, iż rzeczywiście zawodowo i profesjonalnie zajmuje się daną działalnością, choć przyznał też, że zakres działalności przedsiębiorców określony w ich dokumentach rejestrowych za pomocą kodów PKD jest bardzo szeroki i rzadko kiedy faktycznie pokrywa się z rzeczywistym zakresem działalności danego przedsiębiorcy. Odwołujący wywodził, że okoliczność, czy dany wykonawca jest rzeczywiście przygotowany m.in. ekonomicznie do realizacji przedmiotu zamówienia najlepiej i najpewniej wykazać można poprzez konieczność przedstawienia m.in. polisy potwierdzającej ubezpieczenie działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdyż żaden przedsiębiorca nie będzie ponosił nieuzasadnionych kosztów ubezpieczenia działalności, której faktycznie nie prowadzi, a zatem zakres polisy OC dużo lepiej potwierdza rzeczywisty zakres działalności przedsiębiorcy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, przedkładając polisę OC, której treść nie spełnia wymogów postawionych temu dokumentowi przez Zamawiającego, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, co winno skutkować jego wykluczeniem, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty - skoro treść jego oferty nie odpowiadała SIWZ oraz została złożona przez wykonawcę, który winien podlegać wykluczeniu

z postępowania. W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że skoro przedłożona przez ww. wykonawcę polisa nie może zostać uznana za prawidłową, to jest to równoznaczne z brakiem przedłożenia wymaganego dokumentu w tym zakresie, w związku z czym wykonawca ten powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., przy czym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., bowiem Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p., co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego się jako oferty nie podlegającej odrzuceniu, a zatem oferty najkorzystniejszej.

W dniu 25 sierpnia 2014 roku wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 2 września 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie - za pośrednictwem faksu (a w formie pisemnej w dniu 3 września 2014 roku) – w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej zwanej: „SIWZ”], oferty wykonawcy - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, informacji o wynikach postępowania, a także z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika w toku rozprawy.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W Części II SIWZ zatytułowanej *Przedmiot zamówienia i terminy jego realizacji* w ust. 2 Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest: „Świadczenie usług manewrowych na bocznicę kolejowej, usług rozładunkowych z wagonów kolejowych, usług magazynowania opału – miału węglowego – oraz nawęglanie i gospodarka odpadami paleniskowymi na terenie Ciepłowni Północ TC-II przy ul. Ziętalów w Radomiu przez okres 3 lat”.

W Części III SIWZ zatytułowanej *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania* w ust. 1 pkt 1.4 Zamawiający wskazał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się WYKONAWCY, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

1.4 sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia

Warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1 000 000 PLN”.

Z kolei z Części IV SIWZ zatytułowanej *Oświadczenia i dokumenty wymagane w postępowaniu, jakie mają złożyć wykonawcy* z ust. 3 pkt 3.5 wynika, iż wykonawcy na potwierdzenie spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w Części III ust. 1, zobowiązani byli przedstawić:

„3.5 Opłaconą polisę (wraz z dowodem opłacenia wymaganych składek, w sytuacji, gdy fakt opłacenia polisy nie wynika z samej treści polisy), a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1000000 PLN, dla potwierdzenia warunku o którym mowa w Części III ust. 1 pkt. 1.4 SIWZ”.

Powyższe wymagania Zamawiającego również korespondują z treścią powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Otóż, § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231] stanowi, iż w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych, zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, załączył do oferty polisę typu 1301 nr 0017798, wystawioną przez Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Radomiu, potwierdzającą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę 2.500.000 zł. W dokumencie polisy, jako rodzaj prowadzonej przez ww. wykonawcę działalności i tym samym objętej ubezpieczeniem, wskazano tylko i wyłącznie działalność sklasyfikowaną jako PKD 43.22 *Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych i gazowych*. Następnie wskazano na przedmiot i zakres ubezpieczenia jako: *„Ubezpieczenie ustawowej OC Ubezpieczonego (reżim deliktowy i kontraktowy) z tytułu posiadania mienia oraz prowadzenia działalności wariant II/ z produktem/ z włączeniem (...) Klauzuli nr 3 Włączenie odpowiedzialności za szkody w rzeczach stanowiących przedmiot obróbki, czyszczenia, naprawy, serwisu lub innych czynności wykonywanych w ramach usług prowadzonych przez Ubezpieczonego (...)”*.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotem ubezpieczenia jest działalność obejmująca roboty budowlane, a przedmiotem zamówienia są usługi.

Jednocześnie, w toku rozprawy, Odwołujący wskazywał, że tylko i wyłącznie na podstawie klauzuli nr 3 zawartej w polisie można ewentualnie wywodzić jakikolwiek związek z przedmiotem zamówienia, bowiem klauzulą nr 3 są objęte usługi. Jednocześnie Odwołujący podnosił, że zakres ubezpieczenia dotyczący klauzuli nr 3 jest ograniczony do kwoty 300 000 PLN, co przesądza o tym, że nie może być spełniony warunek udziału w postępowaniu, a określony przez Zamawiającego w postaci wykazania się posiada ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1 000 000 PLN.

Słusznie wskazywał Zamawiający, że powoływanie się przez Odwołującego na wprowadzenie sublimitów i kwestionowanie w związku z tym spełniania warunku w postaci posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności z uwagi na nie spełnianie warunku kwotowego posiadanego ubezpieczenia, jest niedopuszczalne na etapie rozprawy, skoro Odwołujący tego nie podnosił w treści odwołania.

Jednakże, w ocenie Izby, także treść klauzuli nr 3 zawartej w przedmiotowej polisie, nie potwierdza związku pomiędzy ubezpieczoną działalnością a przedmiotem zamówienia. Ogólnie określone usługi w postaci obróbki, czyszczenia, naprawy, serwisu lub innych czynności poza tym, że są to w istocie usługi, nie wykazują żadnego związku z przedmiotem

zamówienia. Treść i zakres ww. klauzuli należałoby raczej odnosić do rodzaju prowadzonej działalności, którą obejmuje polisa, tj. do działalności PKD 43.22 - *Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych i gazowych*.

Wskazać należy, że zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) [Dz.U. z 2007 r., Nr 251, poz. 1885, z późn. zm.] Dział 43 obejmuje roboty budowlane specjalistyczne.

Podklasa 43.22.Z obejmuje wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, klimatyzacyjnych. Podklasa ta obejmuje wykonywanie w budynkach i budowlach: instalacji systemów grzewczych (elektrycznych, gazowych i olejowych), instalacji pieców, wieży chłodniczej, instalacji nielektrycznych kolektorów słonecznych, instalacji wodno-kanalizacyjnych i sanitarnych, instalacji wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, instalacji gazowych, instalacji przewodów doprowadzających parę, instalacji przeciwpożarowych systemów zraszających, instalacji systemów zraszania trawników, instalacji przewodów. Podklasa ta nie obejmuje wykonywania instalacji elektrycznego ogrzewania podłogowego, sklasyfikowanej w 43.21.Z.

Z powyższego wynika, że działalność gospodarcza oznaczona kodem PKD 43.22 nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia, tj. świadczeniem usług manewrowych na bocznicę kolejowej, usług rozładunkowych z wagonów kolejowych, usług magazynowania opału – miału węglowego – oraz nawęglaniem i gospodarką odpadami paleniskowymi.

Oczywistym jest to, że wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie oznacza konieczności wykazania tożsamości działalności objętej ubezpieczeniem OC z przedmiotem zamówienia, ale jednak ta działalność musi być związana z przedmiotem zamówienia, co wynika wprost z brzmienia powołanego powyżej przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jak również wynika z wymogów Zamawiającego, określonych w SIWZ. Nie można bowiem uznać, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, wykonawcy mogliby przedstawić dokument polisy potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w ogóle nie związanej z przedmiotem zamówienia, ale za to potwierdzający wymóg co do kwoty ubezpieczenia, bo wówczas stałoby to w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu. Nie ulega też wątpliwości, że przedmiotowy dokument był wymagany na potwierdzenie posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej przez wykonawców, ich wiarygodności w tym zakresie, a nie w celu

zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie oznacza to jednak, że można z tego powodu pominąć sformułowanie „w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia” i uznawać, że dokument nie spełniający tego warunku, jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący w trakcie posiedzenia złożył pismo datowane na dzień 2 września 2014r., do którego załączył pismo pochodzące od Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Radomiu z dnia 28 sierpnia 2014 roku, w którym ubezpieczyciel ten wskazał, że „*polisa 1301 nr 0017798 zgodnie z OWU i aneksami na dzień dzisiejszy obejmuje ochroną ubezpieczeniową także działalność wykonywaną w związku z przedmiotem zamówienia „Świadczenie usług manewrowych na bocznicę kolejowej, usług rozładunkowych z wagonów kolejowych, usług magazynowania opału – mialu węglowego – oraz nawęglanie i gospodarka odpadami paleniskowymi na terenie Ciepłowni Północ TC-II przy ul. Ziętałów w Radomiu” na rzecz Radomskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu ul. Żelazna 7”.*

Odnosząc się do pisma Compensa S.A. VIG Oddział w Radomiu przede wszystkim wskazać należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że niedopuszczalne jest uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trakcie postępowania odwoławczego.

Na marginesie, stwierdzić jednak należy, że pismo Compensa nie potwierdza spełniania przez wykonawcę - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu warunków udziału w postępowaniu, choćby z uwagi na to, że z treści tego pisma wynika, że ubezpieczyciel potwierdził, że polisa, zgodnie z OW i aneksami, na dzień dzisiejszy, obejmuje ochroną ubezpieczeniową także działalność wykonywaną w związku z realizacją umowy z przedmiotem zamówienia. Skoro pismo jest datowane na dzień 28 sierpnia 2014 roku, to oznacza, że sformułowanie „na dzień dzisiejszy” odnosi się właśnie do daty 28 sierpnia 2014 roku. Natomiast termin składania ofert upłynął dnia 12 sierpnia 2014 roku o godz. 9.00. Wobec powyższego nie sposób stwierdzić, że również w dacie składania ofert ta okoliczność byłaby potwierdzona. Nie załączono bowiem żadnych aneksów czy OWU.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że dokument polisy, załączony do oferty przez wykonawcę - Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. nie potwierdza posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z uwagi na to, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej „ZUTEC” Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu do uzupełnienia dokumentu w postaci polisy bądź też innego dokumentu potwierdzającego, że ww. wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1000000 PLN, dla potwierdzenia warunku o którym mowa w Części III ust. 1 pkt. 1.4 SIWZ, to koniecznym było nakazanie Zamawiającemu wezwania tego wykonawcy, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa powyżej.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt. 1.4 Części III SIWZ i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Zakładu Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o. o. w Radomiu do przedłożenia wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia co najmniej 1.000.000 PLN, zasługuje na uwzględnienie.

Natomiast pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego: tj.:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt 1.4 oraz ust. 4 Części III SIWZ;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy P.z.p. w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z ust. 1 pkt. 1.4 oraz ust. 4 Części III SIWZ i ust. 3 pkt 3.5 Części IV SIWZ;

- art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

należy uznać za przedwczesne na tym etapie postępowania, z uwagi na nie wyczerpanie przez Zamawiającego trybu określonego w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a, § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: