

Sygn. akt: KIO 1356/21

WYROK
z dnia 07 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o., GEOCOMA Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 262 A, 25-116 Kielce)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasto Mysłówice (ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłówice)**

przy udziale Wykonawcy **SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. (ul. Koksownicza 16, 42-523 Dąbrowa Górnicza)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o., GEOCOMA Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 262 A, 25-116 Kielce)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o., GEOCOMA Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 262 A, 25-116 Kielce)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gmina Miasto Mysłówice (ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłówice)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 123 zł 95 gr (słownie: sto dwadzieścia trzy złote dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Zamawiającego związanych z dojazdem na rozprawę,

- 2.2. zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o., GEOCOMA Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 262 A, 25-116 Kielce)** na rzecz Zamawiającego **Gmina Miasto Mysłowice (ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice)** kwotę 3723 zł 95 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia trzy złote dziewięćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gmina Miasto Mysłowice (ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasto Mysłowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi zmagazynowanymi w Mysłowicach przy ul. Brzezińskiej 50.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 052-135664.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Hydrogeotechnika sp. z o.o. GEOCOMA sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., pomimo że Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej) oraz zdolności technicznej i zawodowej, skutkujące finalnie dokonaniem niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;

2) naruszenie art. 139 ust. 3 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na dokonaniu błędnej oceny spełnienia przez Wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej) jak również zdolności technicznej i zawodowej oraz na zaniechaniu czynności dokonania ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. i niewybraniem najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

3) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, polegające na dokonaniu niezgodnej z przepisami ustawy czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdowała się oferta podlegająca odrzuceniu, skutkujące wyborem tej oferty, prowadzącym nadto wprost do udzielenia zamówienia Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp, dokonanie powtórnej oceny

ofert oraz podjęcie dalszych czynności w postępowaniu, zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego solidarnie.

Zamawiający w Rozdziale III pkt 1.2. ppkt 3 SWZ określił, iż warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej jest wykazanie przez Wykonawcę, że posiada on ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł.

Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. 28 kwietnia 2022 roku Wykonawca przesłał Zamawiającemu poprzez Platformę do elektronicznej obsługi zamówień publicznych podmiotowy środek dowodowy - Certyfikat Ubezpieczenia Grupa Veolia, jednakże w ocenie Zamawiającego nie był on kompletny, wobec czego działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów (Rozdział III pkt 1.2. ppkt 3 SWZ) potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia o następującej treści:

„Wykonawca na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp dnia 28.04.2022 r. przesłał Zamawiającemu poprzez Platformę do elektronicznej obsługi zamówień publicznych podmiotowy środek dowodowy Certyfikat Ubezpieczenia Grupa Veolia, z którego treści wynika, że ubezpieczenie obejmuje okres od dnia 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. Z treści przedłożonego dowodu nie wynika czy limit finansowy w wskazanym certyfikacie według stanu na dzień składania oferty wynosił wskazaną przez Zamawiającego wartość. Pomędzy dniem początkowym terminu ubezpieczenia, a dniem składania ofert mogło dojść do zdarzeń uzasadniających wypłatę ubezpieczenia a tym samym pomniejszenie wartości ubezpieczenia, zwłaszcza że ubezpieczenie dotyczy rozlicznych podmiotów z Grupy Veolia. Nie wiadomo zatem czy limit nie uległ zmniejszeniu, na skutek wyczerpania. W certyfikacie czytamy wprost „(...) Limit wskazany w certyfikacie podlega zmniejszeniu/wyczerpaniu przez wypłaty szkodowe.” Ponadto z certyfikatu wynika, że na dzień jego wystawienia tj. 13 grudnia 2021 r. ubezpieczony nie zalega z płatnością składki, jednak certyfikat nie potwierdza tego, czy ubezpieczony Wykonawca nie zalega z płatnościami składek na dzień składania ofert, a co za tym idzie, czy przedłożony certyfikat jest ważny. Konieczne jest w tej sytuacji wykazanie przez wykonawcę, że cała składka za okres ubezpieczenia została uiszczona, a jeśli płatność składki została uzgodniona w systemie ratalnym to czy wszystkie składki wymagalne do terminu składania ofert zostały zapłacone.”

W ocenie Odwołującego złożone przez Wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty mające dowieść, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł nie wykazały, iż spełnia on przedmiotowy warunek z następujących względów:

Wykonawca przedłożył Zamawiającemu Polisę Odpowiedzialności Cywilnej Nr 000-22-440-05957131, potwierdzającą zakres i warunki ubezpieczenia dla 27 podmiotów Grupy Veolia, wystawioną w dniu 25.04.2022 r., czyli po upływie terminu składania ofert, który upłynął w dniu 22.04.2022 r.

Wykonawca przedłożył Zamawiającemu fakturę VAT Nr 1581/2022 wystawioną przez TUIR Alianz Polska S.A. w dniu 25.04.2022 r. (zatem również po dniu składania ofert) oraz potwierdzenie opłacenia tej faktury z dniem 09.05.2022r., nadto Wykonawca załączył Oświadczenie do Polisy Ubezpieczenia OC, które potwierdza opłacenie należnej składki w odniesieniu do Polisy na dzień wystawienia niniejszego dokumentu, t.j. na dzień 09.05.2022 r. - po terminie składania ofert.

Oświadczenie do Polisy OC potwierdza również, że na dzień 09.05.2022 r. limit wskazany w ww. Polisie nie został zmniejszony/wyczerpany przez wypłaty szkodowe, jednak nie potwierdza wysokości limitu na dzień składania ofert.

Wykonawca przedłożył Polisę, która nie potwierdziła, iż posiada on ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w ramach niniejszego postępowania, tj. „Usunięciem i gospodarowaniem odpadami niebezpiecznymi [...]” - z Polisy wynika, że rodzajem działalności związanej z przedmiotem zamówienia wskazanym na str. 3 pkt 18 Polisy jest „działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami, w tym również recykling, składowanie i sprzedaż UPS (uboczne produkty spalania), odpadów oraz złomu”, natomiast ubezpieczeniem tego rodzaju działalności objęte są „Oddziały zajmujące się energią”, tymczasem Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o. o. nie jest oddziałem zajmującym się energią, lecz odpadami, co potwierdza treść wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym (dział 3 Rubryka 1 - Przedmiot działalności); dla „Oddziału zajmującego się odpadami” rodzajem ubezpieczonej działalności jest: „Wywóz nieczystości/spalarnia” (str. 6 Polisy) - ten rodzaj działalności nie obejmuje transportu odpadów, ani zagospodarowania odpadów innych, niż podlegających spalaniu w spalarni odpadów, natomiast spółka Sarpi, jako podmiot, który według złożonego JEDZ, samodzielnie spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, musi faktycznie wykonywać usługi, do których realizacji te zdolności są wymagane, tj. transport odpadów do miejsc zagospodarowania i zagospodarowanie odpadów u uprawnionych podmiotów.

W opinii Odwołującego przedłożone przez Wykonawcę dokumenty ubezpieczeniowe - Polisa oraz Certyfikat Ubezpieczenia Grupy Veolia z dnia 13.12.2021 r. nie potwierdzają także wymaganej przez Zamawiającego sumy gwarancyjnej ubezpieczenia Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., ponieważ, zgodnie z postanowieniami umowy Ubezpieczenia Grupy Veolia „Limit wskazany w certyfikacie podlega zmniejszeniu/wyczerpaniu przez wypłaty szkodowe.”, ochroną ubezpieczeniową do wysokości sumy gwarancyjnej - stanowiącej równowartość 5 000 000 EUR, która obowiązuje w umowie ubezpieczenia - objęte jest wszystkich 27 podmiotów wymienionych w Certyfikacie, zaś zgodnie z warunkami ubezpieczenia, ze wskazanej sumy ubezpieczenia pokrywane są szkody wszystkich wymienionych ubezpieczonych, co oznacza, że w sytuacji, gdy jeden z wymienionych podmiotów lub kilka z nich łącznie otrzyma wypłatę w wysokości sumy gwarancyjnej, pozostałe podmioty nie będą już objęte ochroną ubezpieczeniową, zatem co do Wykonawcy legitymującego się zbiorczym ubezpieczeniem pewności spełnienia wymaganej kwoty sumy gwarancyjną nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że przedłożonymi dokumentami Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, nie wykazał bowiem, że:

- nie zalegał z opłaceniem składek na ubezpieczenie OC na dzień składania ofert,
- suma gwarancyjna wskazana w Polisie według stanu na dzień składania oferty stanowiła wymaganą przez Zamawiającego wartość nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł,
- jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

co w ocenie Odwołującego powinno skutkować odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp oraz dokonaniem ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonaniem kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu - zgodnie z art. 139 ust. 3 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w Rozdziale III pkt 1.2. ppkt 4 SWZ określił, iż warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie przez Wykonawcę, że należycie wykonał i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dwie usługi, z których każda polegała na transporcie oraz zagospodarowaniu co najmniej 100 ton odpadów niebezpiecznych (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 (Dz.U. z 2020, poz. 10).

Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu (Rozdział III pkt 1.2. ppkt 4 SWZ) usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego załączył wykaz usług, zawierający tylko jedną usługę. Załączone potwierdzenie należytej realizacji usługi wydane przez Gminę Niemodlin zostało wystawione w dniu 21.10.2021 r. i potwierdza wykonanie usługi ciągłej, realizowanej - jak wynika z tego dokumentu - „od października 2020 r. - do nadal”, zaś „Planowany termin jej zakończenia ustalono na sierpień 2022 roku”.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść § 9 ust.1 pkt 2 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, z którego wynika, że: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Potwierdzenie należytej realizacji usługi „Wywozu i utylizacji niebezpiecznych odpadów z nielegalnego składowiska w Brzęczkowicach gm. Niemodlin” zostało wystawione w dniu

21.10.2021 r., zatem wcześniej, niż w okresie ostatnich 3 miesięcy przed terminem składania ofert, który upłynął w dniu 22.04.2022 r., a co za tym idzie nie potwierdza ono należytego wykonywania usługi przez Wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o.

Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia przedmiotowego wykazu usług. W wykonaniu tego wezwania Wykonawca złożył nowy wykaz usług, w którym nie ujął już usługi wskazanej w pierwszym wykazie. W nowym wykazie zostały ujęte dwie usługi, przy czym usługa wymieniona pod pozycją 2, której przedmiotem jest: „Transport i unieszkodliwienie odpadów niebezpiecznych” wykonywana na rzecz Reoil sp. z o.o., nie spełnia warunku Zamawiającego.

W załączonym do wykazu usług potwierdzeniu należytego wykonania usługi Reoil sp. z o.o. informuje, że Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. „wywiązuje się z realizacji usługi z należyłą starannością”.

W ocenie Odwołującego sformułowanie „wywiązuje się” wskazuje na to, że usługa jest nadal wykonywana i ma charakter ciągły. Potwierdzenie zostało wystawione w dniu 18.10.2021 r. i potwierdza należyte wykonanie usługi wykonywanej w sposób ciągły za okres od 01.01.2021 r. do 17.10.2021 r. Nadto dokument ten nie potwierdza wykonania zamówienia w terminie zgodnym z zawartą umową, ponieważ nie jest to zamówienie zakończone. Nie ma więc pewności, że nadal jest wykonywane w sposób należyty. Odwołujący zauważył także, że potwierdzenie należytego wykonania usługi wydane przez Reoil sp. z o.o. zostało wystawione w dniu 18.10.2021 r, zatem wcześniej niż w okresie ostatnich 3 miesięcy przed terminem składania ofert i zgodnie z § 9 ust.1 pkt 2 wskazanego powyżej rozporządzenia również nie potwierdza należytego wykonywania usługi.

W opinii Odwołującego wątpliwości nie budzi jedynie jedna wykazana przez Wykonawcę usługa - ujęta w nowym wykazie pod pozycją 1, której przedmiotem było „Usunięcie odpadów wykazujących właściwości niebezpieczne, zmagazynowanych nielegalnie na terenie nieruchomości położonej w miejscowości Domaniów”, jednakże zgodnie z SWZ nie jest to wystarczające.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. nie spełnił także warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co również winno skutkować odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp oraz dokonaniem ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonaniem kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu - zgodnie z art. 139 ust. 3 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego zaniechania Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., pomimo zaistnienia ku temu szeregu

podstaw i zaniechanie dalszego prowadzenia postępowania doprowadziły do dokonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdowała się wybrana oferta Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., podlegająca odrzuceniu. Wpłynęło to na wynik postępowania i wprost prowadzi do udzielenia zamówienia Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zamawiający w Rozdziale III pkt 1.2. ppkt 3 SWZ określił, iż warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej jest wykazanie przez Wykonawcę, że posiada on ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł.

Wykonawca Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. 28 kwietnia 2022 roku Wykonawca przesłał Zamawiającemu Certyfikat Ubezpieczenia Grupa Veolia. Dokument ten jednoznacznie wskazywał na okres obowiązywania ochrony (obejmujący także dzień składania ofert) oraz na sumę gwarancyjną, znacząco przewyższającą wymaganie postawione przez Zamawiającego w treści warunku.

Wykonawca odpowiedział również na wątpliwości Zamawiającego – złożył polisę odpowiedzialności cywilnej nr 000-22-440-05957131, która obejmuje okres ubezpieczenia od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r, co potwierdza okres ubezpieczenia również na dzień składania ofert. Okoliczność, że polisa zawiera datę 25 kwietnia 2022 roku nie oznacza, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, Wykonawca wykazał, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł, natomiast Polisa jest aktualna na dzień jej złożenia Zamawiającemu w postępowaniu, czego wymaga artykuł 128 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Bez znaczenia pozostają twierdzenia Odwołującego dotyczące opłacenia przez Wykonawcę składki po upływie terminu składania ofert. Wśród dopuszczalnych podmiotowych środków

dowodowych nie został wymieniony dokument opłaconej polisy. Również Zamawiający nie postawił takiego wymagania w treści warunku, czy w SWZ. Okoliczność, że Zamawiający wystosował do Wykonawcy pytanie dotyczące opłacenia składki – nie zmienia w żaden sposób pierwotnych i obowiązujących wymagań w tym zakresie (wśród których nie było opłaconej polisy). Ponadto, skoro strony umowy ubezpieczenia umówiły się na opłacenie składki przez Wykonawcę do 25 maja 2022 roku, co potwierdzono w polisie odpowiedzialności cywilnej nr 000-22-440-05957131 (str. 8), to nie można stwierdzić, że polisa nie była opłacona, bowiem termin opłacenia składki nie upłynął. Fakt zapłaty składki ubezpieczeniowej po upływie terminu składania ofert nie ma również wpływu na istotną w niniejszej sprawie okoliczność, tj. że Wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zarówno w dacie, w której upłynął termin składania ofert, jak i w dacie, w której złożył Zamawiającemu polisę odpowiedzialności cywilnej nr 000-22-440-05957131, a więc spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Nie jest także trafna teza Odwołującego, że Wykonawca nie wykazał limitu sumy ubezpieczenia na dzień składania ofert. W treści polisy odpowiedzialności cywilnej określono sumę gwarancyjną w kwocie 23.029.854,00 zł na każdy wypadek. Kwota ta nie została zmniejszona przez wypłaty szkodowe, a zatem od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 9 maja 2022 r., co potwierdza oświadczenia ubezpieczyciela z dnia 9 maja 2022 r.

Bezpodstawne jest także twierdzenie Odwołującego, że Wykonawca nie posiada ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Ubezpieczenie zawarte zostało w zakresie prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej. Prowadzona przez wykonawcę działalność pokrywa się z przedmiotem zamówienia. W świetle postanowień polisy odpowiedzialności cywilnej wybranego wykonawcę należy uznać za oddział zajmujący się odpadami, tym samym rodzajem ubezpieczonej działalności zgodnie z literalnym brzmieniem polisy pozostaje „Wywóz nieczystości/spalarnia”. Wskazany rodzaj ubezpieczonej działalności określony został także pod słowem: „Waste treatment/Incineration Plant”, z czego słowo „waste treatment” może zostać przetłumaczone jako utylizacja odpadów lub jako obróbka odpadów, postępowanie z odpadami, przetwarzanie odpadów.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, przedmiotem przeważającej działalności przedsiębiorcy jest przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (PKD.38.22.Z). Trudno tym samym wyobrazić sobie by ubezpieczenie działalności wykonawcy nie obejmowało przedmiotu przeważającej działalności przedsiębiorcy. Jednocześnie, wskazany w polisie rodzaj działalności oznaczony jako „wywóz nieczystości” pozostaje tożsamy z transportem odpadów, a tym samym pokrywa się z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Wykonawca w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył jako dowód na powyższą okoliczność oświadczenie ubezpieczyciela, w którym ubezpieczyciel potwierdził, że: „(...) ochrona ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej nr 000-22-440-05957131 obowiązuje nieprzerwanie od dnia 1 stycznia 2022 r. do nadal oraz obejmuje działalność ubezpieczającego SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. wskazaną w przedmiocie zamówienia: „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi zmagazynowanymi w Mysłowicach przy ul. Brzezińskiej 50”.”

W konsekwencji za bezzasadny należało uznać zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., pomimo że Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej) oraz zdolności technicznej i zawodowej, skutkujące finalnie dokonaniem niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 3 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, polegający na dokonaniu błędnej oceny spełnienia przez Wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej) jak również zdolności technicznej i zawodowej oraz na zaniechaniu czynności dokonania ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. i niewybraniem najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającym na zdolności technicznej lub zawodowej. W tym celu należało wykazać zrealizowanie dwóch usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły jednej z usług wskazanej w wykazie usług złożonym 10 maja 2022 roku, realizowanej na rzecz podmiotu Reoil sp. z o.o.

Należy zauważyć, że w wykazie jednoznacznie wskazano datę realizacji usługi – 01 stycznia 2021 roku do 17 października 2021 roku. Treść złożonych referencji – jak wskazuje tytuł – potwierdza należyte wykonanie usługi. Podmiot wystawiający referencje oświadczył, że Wykonawca wykonał (a więc zrealizował) usługę transportu i unieszkodliwienia termicznego w procesie D10, odpadów niebezpiecznych w stanie ciekłym o kodzie 16 07 09* w ilości 323,440 ton za okres od 01.01.2021 do 17.10.2021. Tym samym złożone referencje potwierdzają dane zawarte w wykazie usług i potwierdzają zrealizowanie na rzecz Reoil sp. z o.o. usługi przetransportowania i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych w ilości 323,440 ton za okres od dnia 1 stycznia 2021 r. do 17 października 2021 r.

Użycie przedmiotowy wystawiający referencje w oświadczeniu z dnia 18 października 2021 r. określenia „wywiązuje się” w odniesieniu do należytej staranności wykonawcy, nie świadczy, że na dzień składania ofert wykazana usługa dotyczyła świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych. W konsekwencji Wykonawca nie miał obowiązku złożenia referencji, bądź innych dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi, wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy przed terminem składania ofert.

Odrzucenie oferty wykonawcy jest możliwe tylko w sytuacji, gdy nie zachodzą żadne wątpliwości, że wykonawca nie potwierdził wymagań Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu taka okoliczność nie zachodzi. Odwołujący (na którym spoczywał ciężar dowodu) nie wykazał, że usługa realizowana przez Wykonawcę na rzecz podmiotu Reoil sp. z o.o. miała charakter ciągły i w konsekwencji zachodziła konieczność przedstawienia dokumentu potwierdzającego należyłą realizację usługi z datą nie wcześniejszą niż 3 miesiące przed terminem składania ofert w postępowaniu.

W konsekwencji za bezzasadny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na dokonaniu niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdowała się oferta podlegająca odrzuceniu, skutkujące wyborem tej oferty, prowadzącym nadto wprost do udzielenia zamówienia Wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Prawo zamówień publicznych oferta podlega odrzuceniu, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu wybrany wykonawca wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym nie można stwierdzić, aby doszło do

naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b oraz art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: