

**WYROK**

**z dnia 19 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. przez Odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EUVIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne Spółka Akcyjna w siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Miasta Gdańska**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawcy: **Pirios Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 2 pkt 2.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Pirios Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp oraz dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, 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 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej 209 000 EURO pod nazwą „*Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontraktu (GCK) w modelu SaaS*”, sygnatura postępowania: BZP.271.9.2017.MSz (dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 066-124487.

W dniu 2 października 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EUVIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne Spółka Akcyjna w siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) /zwanej dalej jak i w sentencji wyroku „ustawą Pzp”/:

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór w Postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pirios S.A., który podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu /zarzut nr 1 – numeracja zarzutów nadana przez Izbę/,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Pirios S.A. mimo, iż nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), również na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp /zarzut nr 2/,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Pirios S.A. mimo, iż nie wykazał on spełniania na dzień składania ofert warunku udziału w Postępowaniu w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wymaganej zgodnie z SIWZ, a także zaniechanie wykluczenia mimo iż wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w Postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej dotyczącej posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej /zarzut nr 3/,

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Pirios S.A., mimo iż nie wykazał on spełniania na dzień składania ofert warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej również na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp /zarzut nr 4/,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się na stosowaniu względem Pirios S.A. innych warunków udziału w Postępowaniu niż określone w SIWZ i stosowane względem pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego /zarzut nr 5/.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 września 2017 roku,
- powtórzenie czynności badania spełniania przez wykonawcę Pirios S.A. warunków udziału i w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 Pzp,
- wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 Pzp jako wykonawcy z kolejną najwyższą punktacją,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert wykonawców, którzy potwierdzili spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

I. Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

**W odniesieniu do zarzutu nr 2:**

Pirios, na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lipca 2017 roku, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, na potwierdzenie oświadczeń złożonych w dokumencie Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) w terminie składania ofert, złożył wykaz usług obejmujący usługi realizowane na rzecz:

- Skarbu Państwa - Ministerstwa Finansów, której przedmiotem było zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie nowego Systemu Informacji Telefonicznej w biurach Krajowej Informacji Podatkowej,
- Tauron Dystrybucja SA, której przedmiotem było dostosowanie systemu Contactis Awarie 991 do obsługi awarii masowych - uruchomienie nowych serwerów Komunikacyjnych, migracja Modułu IVR do nowej platformy, rozbudowa o 2000

kanałów oraz usługa polegająca na zwiększeniu funkcjonalności systemu zgłoszeń awarii z rozwojem automatycznej współpracy z OMS.

W dniu 10 sierpnia 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Pirios, w trybie procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 Pzp, między innymi o uzupełnienie złożonego wykazu usług o informacje pozwalające mu uznać, że spełniają one warunki udziału w Postępowaniu, to jest informację o liczbie potencjalnych klientów (system miał obsługiwać co najmniej 500 000 klientów) oraz liczbie jednoczesnych uczestników (co najmniej 30 jednoczesnych użytkowników). Pirios w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył uzupełniony wykaz w przewidzianej formie umieszczając w nim wymagane informacje dodatkowo składając oświadczenie, że wszystkie usługi wskazane w wykazie spełniają wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki.

W dniu 8 września 2017 roku Zamawiający otrzymał od powołanego do Postępowania biegłego analizę, której celem, w ocenie Odwoływającego, było uzyskanie odpowiedzi, czy usługa dla Tauron Dystrybucja S.A. potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W wyniku tej analizy biegły stwierdził, że wskazana usługa spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od opinii biegłego Zamawiający w dniu 12 września 2017 roku zwrócił się do Pirios w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących ww. usługi zrealizowanej dla Tauron Dystrybucja S.A., w szczególności o to, na czym polegała współpraca Pirios i Tauron Dystrybucja S.A. w ramach realizacji zamówienia wskazanego w wykazie. Wyjaśnienia te zostały złożone w terminie, jednak Zamawiający odmówił dostępu do nich Odwoływającemu z uwagi na objęcie ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwoływającego ww. wskazana usługa referencyjna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Wskazał, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia miał wykazać się usługą polegającą na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego. Usługa ta miała być przy tym wykonana w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zarówno z treści wykazu usług przedstawionego Pirios, jak i treści referencji wystawionej przez Tauron Dystrybucja S.A., wynika że przedmiotem usługi nie było wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego a jego rozbudowa, co bez względu na jej wielkość czy rozmiar nie jest i nie może być utożsamiane z wdrożeniem systemu informatycznego. Dlatego też nie sposób przyznać racji opinii biegłego powołanego dla Postępowania.

Rozważania rozpocząć należy od zdefiniowania terminu „system informatyczny”, którego wdrożenie jest jednym z elementów zamówienia w Postępowaniu. Za Wikipedią, system informatyczny to zbiór powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest przetwarzanie

danych przy użyciu techniki komputerowej. Na systemy informatyczne składają się obecnie takie elementy jak: sprzęt, oprogramowanie, zasoby osobowe, elementy organizacyjne i informacyjne. Ww. definicja odpowiada temu, co zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) stanowi przedmiot postępowania. Uznać zatem należy, że w każdej sytuacji, w której Zamawiający w SIWZ odnosi się do systemu informatycznego, ma na myśli dokładnie taki zakres jaki wynika z powołanej definicji.

Ponieważ Zamawiający wymaga, zgodnie z opisem warunków udziału w Postępowaniu, doświadczenia we wdrożeniu systemu informatycznego o określonej wartości i w określonym czasie, a także realizującego określone funkcje poprzez określoną minimalną liczbę użytkowników, założyć należy, że czynność wdrożenia dotyczyć ma wszystkich wyżej wskazanych elementów składających się na system informatyczny, a nie ich części i ma być wykonana we wskazanym czasie, wskazanej wartości i zakresie. Jeżeli powołać się na definicję wdrożenia systemu informatycznego przytoczoną przez biegłego w opinii za Wikipedią - etap cyklu życia systemu obejmujący instalację, dostosowanie oprogramowania, migrację danych, testowanie i uruchomienie systemu informatycznego, to uznać należy biorąc pod uwagę wcześniejszą definicję systemu informatycznego oraz warunki udziału, że rozbudowa istniejącego systemu informatycznego, jego modyfikacja czy nawet dostosowanie do świadczenia jakichś usług, nie może być uznana za wdrożenie systemu informatycznego.

Opinia biegłego skupia się na rozłożeniu definicji wdrożenia systemu informatycznego na poszczególne elementy, porusza też zupełnie nieistotne dla sprawy opisy możliwych strategii wdrożenia systemu informatycznego. W żadnej jednak mierze nie zawiera argumentów, które mogłyby wykazać, że wskazana przez Pirios usługa wykonana na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. mogłaby być uznana za wdrożenie systemu informatycznego, i dodatkowo jeszcze za wdrożenie w zakresie wskazanym w SIWZ. Błędym jest powoływanie się przez biegłego na wykonaną przez Pirios migrację, która miałaby przesądzać o uznaniu wykonanej usługi dla Tauron Dystrybucja S.A. jako wdrożenia systemu informatycznego. Migracja, o której mowa w powołanej przez biegłego definicji z Wikipedii, to migracja danych, będąca przeniesieniem danych (zapisanych rekordów) z jednego systemu informatycznego do innego. Tymczasem migracja wskazana w wykazie usług przez Pirios to przeniesienie modułu oprogramowania z jednej platformy sprzętowej na inną platformę, co oczywiście migracją nazwać można, ale nie jest ona migracją danych dokonywaną w ramach wdrożenia systemu informatycznego.

Odwołujący nie kwestionuje w tym miejscu, że Pirios wykonał usługę nazwaną przez niego (i zapewne tak opisaną w umowie z Tauron Dystrybucja S.A.) jako dostosowanie Contactis Awarie 991 do usługi awarii masowych i że wykonał ją należycie. Nie kwestionuje również współpracy z Tauron Dystrybucja S.A., w wyniku której doszło do wdrożenia dwóch

systemów Contactis, a następnie ich rozbudowy. Odwołujący kwestionuje natomiast, że czynności (usługi) realizowane przez Pirios dla Tauron Dystrybucja S.A. w latach 2014- 2016 i odnoszące się do już funkcjonującego systemu informatycznego Contactis Awarie 991 można określić mianem wdrożenia systemu informatycznego w rozumieniu powołanych definicji oraz zakresu czynności przewidzianych przez Zamawiającego w OPZ dla wdrożenia systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia w Postępowaniu. Sam Pirios w wykazie usług wskazuje, że wykonana usługa nie była wdrożeniem systemu informatycznego, a jedynie dostosowaniem funkcjonującego już w Tauron Dystrybucja S.A. systemu informatycznego do usługi awarii masowych. W referencji wystawionej przez Tauron Dystrybucja S.A. – a Odwołujący podkreśla, że jest to jedyne oświadczenie pochodzące od odbiorcy usługi - brak jest potwierdzenia wdrożenia we wskazanym przez Zamawiającego okresie jakichkolwiek systemów informatycznych, natomiast jest mowa o współpracy, która w bliżej nieokreślonym okresie zaowocowała wdrożeniem dwóch systemów informatycznych, które jak wynika z wykazu usług w latach 2014 - 2016 były przez Pirios rozwijane, modyfikowane, czy dostosowywane, co nie jest jednak tym samym co wdrożenie systemu informatycznego. Nie można utożsamiać wdrożenia nowej aplikacji, czy innego rozszerzenia istniejącego i eksploatowanego systemu z jego wdrożeniem. Wdrożenie bowiem - nawet przy założeniu powołanej definicji - jest etapem pośrednim pomiędzy analizą i zaprojektowaniem systemu a jego eksploatacją, nie jest natomiast etapem, który poprzedzony jest już eksploatacją systemu informatycznego.

Twierdzenia te są niezależne od złożonych przez Pirios i objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących istoty współpracy z Tauron Dystrybucja S.A. w zakresie realizacji wskazanego w wykazie usług zamówienia. Nie mogą one zmieniać oświadczenia złożonego w liście referencyjnym przez Tauron Dystrybucja SA, a treść tego oświadczenia jest jasna i oczywista: nie potwierdza ono wdrożenia jakiegokolwiek systemu informatycznego w wymaganym okresie i zakresie przedmiotowym.

***W odniesieniu do zarzutu nr 3:***

Zgodnie z zapisami Rozdziału 2 SIWZ, ust. 2.2 pkt 2.2.2 o udzielenie zamówienia w Postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który znajduje się w określonej przez Zamawiającego sytuacji finansowej i ekonomicznej. Warunek ten Zamawiający miał uznać za spełniony gdy wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł. Warunek ten nie został przez Zamawiającego zmieniony podczas trwania Postępowania. Jest to warunek niezależny od posiadania przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza ubezpieczenia OC w okresie realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający wezwał Pirios w dniu 25 lipca 2017 roku w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających oświadczenie o spełnianiu warunków złożone wraz z JEDZ, w tym do złożenia polisy ubezpieczeniowej zgodnej z wymaganiami SIWZ. Na potwierdzenie spełniania warunku Zamawiający wymagał złożenia dokumentu lub dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Pirios złożył w odpowiedzi na ww. wezwanie dwa dokumenty: polisę wystawioną przez TUiR Warta S.A. na okres od 17 grudnia 2016 do 16 grudnia 2017 roku na sumę gwarancyjną 1 mln zł, oraz polisę wystawioną przez PZU S.A. na okres od 26 lipca 2017 do 25 lipca 2018 roku na sumę gwarancyjną 3 mln zł. Do żadnego z dokumentów nie dołączono potwierdzenia dokonania opłaty składki ubezpieczeniowej, która płatna miała być w przypadku polisy Warta jednorazowo, a w przypadku polisy PZU w czterech ratach, przy czym płatność pierwszej raty przypadła na dzień 9 sierpnia 2017 roku. Zamawiający nie wzywał na dalszych etapach Postępowania do złożenia wyjaśnień dotyczących polisy ani do złożenia dokumentu potwierdzającego dokonanie płatności rat składek.

Odwołujący zauważa, że Pirios nie wykazał się spełnianiem warunku udziału w Postępowaniu odnoszącym się do posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Podkreślenia wymaga, że warunek zdolności finansowej lub ekonomicznej wykonawca powinien spełniać w momencie ubiegania się o udzielenie zamówienia, to jest już w chwili składania oferty czy też wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Składając wraz z ofertą dokument JEDZ, Pirios oświadczył, że spełnia wszystkie określone przez Zamawiającego kryteria kwalifikacji, w tym również warunek dotyczący ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Tymczasem na dzień składania ofert oświadczenie to nie było prawdziwe i wprowadzało Zamawiającego w błąd, bowiem Pirios, jak wynika ze złożonych dokumentów, na dzień składania ofert, posiadał wyłącznie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ - polisa Warta. Polisa ta jest również niezgodna z innymi warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności nie dotyczy ona prowadzonej działalności Pirios związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia, jak wynika w szczególności z Załącznika do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia obejmuje między innymi przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi GCK w modelu SaaS, ale i dostawę oraz serwis sprzętu, a także przeprowadzenie szkoleń. Z treści polisy Warta wynika natomiast, że zgłoszony do ubezpieczenia i objęty ubezpieczeniem jest jedynie pewien obszar działalności Pirios, jednocześnie stanowiący zaledwie pewien obszar



przedmiotu zamówienia obejmujący działalność związaną z oprogramowaniem (PKD 62.01). Owszem, w treści polisy doprecyzowano na czym polega Warian II ubezpieczenia wybrany przez Pirios, wskazując, że obejmuje on szkody powstałe w szczególności z prowadzonej działalności gospodarczej, jednak zapis ten nie rozszerza i nie może rozszerzać w żaden sposób zakresu polisy określonego i przyjętego do ubezpieczenia.

Pirios na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału (pismo z dnia 25 lipca 2017 roku), razem z wyżej wskazaną polisą Warty, przedłożył również kolejny dokument - polisę OC PZU. Mimo, iż dokument ten obejmuje szerszy zakres ubezpieczonej działalności gospodarczej Pirios i wystawiony jest na sumę gwarancyjną wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ, to dokument ten nie potwierdza spełniania warunku udziału na dzień składania ofert. Dokument ten potwierdza bowiem, że umowa ubezpieczenia pomiędzy PZU i Pirios została zawarta po terminie składania ofert, a zatem nie może potwierdzać spełniania warunku na dzień składania ofert. Z treści polisy OC wynika (postanowienia dodatkowe), że jest to polisa projektowa, zawarta wyłącznie dla realizacji projektu „Gdańskie Centrum Komunikacji”, czyli taka, jakiej posiadania wymagał Zamawiający wyłącznie od wykonawcy z którym zawrze umowę na realizację przedmiotu zamówienia. Nie jest to zatem polisa potwierdzająca posiadanie ubezpieczenia OC całej prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia - czyli ubezpieczenia przedmiotowego, ale ubezpieczenie skierowane i dotyczące wyłącznie realizacji kontraktu, którego również na dzień składania odwołania Pirios nie zawarł.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, samo zaś przedłożenie polisy ubezpieczeniowej, nawet gdyby z jakichś powodów uznać, że zawarcie umowy ubezpieczenia po terminie składania ofert mogłoby potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, nie dowodzi bycia ubezpieczonym. Dopiero bowiem zapłata składki ubezpieczeniowej w całości lub pierwszej jej raty powoduje, że dochodzi do zawarcia umowy ubezpieczenia. Bez wykazania się dowodem uiszczenia opłaty składki lub pierwszej raty składki, Zamawiający nie mógł uznać, że Pirios jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Nawet jednak gdyby takie potwierdzenie zostało przez Pirios złożone na wezwanie Zamawiającego w terminie późniejszym, czy nawet w wyniku treści niniejszego odwołania, czy to w stosunku do polisy Warty czy polisy PZU, to Pirios może jedynie wykazać się posiadaniem na dzień składania oferty ubezpieczeniem części prowadzonej działalności gospodarczej na sumę gwarancyjną zdecydowanie mniejszą niż określona przez Zamawiającego i w zakresie nie odnoszącym się do działalności związanej z przedmiotem zamówienia, oraz polisą dotyczącą nieistniejącego kontraktu w dacie późniejszej niż dzień składania ofert.

Reasumując, Pirios nie potwierdził spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zgodności finansowej i ekonomicznej na dzień składania ofert. Wskazać należy w tym miejscu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 roku wydane w sprawie pod sygnaturą KIO 707/17, zgodnie z treścią którego *„Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy.”* Ponieważ złożone polisy OC nie potwierdzają spełniania warunków udziału zgodnie z przepisami, wykonawca Pirios winien zostać z Postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji złożenia w JEDZ nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału na dzień składania ofert, a tym samym wprowadzenia Zamawiającego błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu - również powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Trudno bowiem uznać, że Pirios składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału nie był świadomy braku polisy OC zgodnej z wymogami SIWZ.

***W odniesieniu do zarzutu nr 4:***

Zgodnie z zapisami Rozdziału 2 SIWZ, ust. 2.2 pkt 2.2.1 o udzielenie zamówienia w Postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który znajduje się w określonej przez Zamawiającego sytuacji finansowej i ekonomicznej. Warunek ten Zamawiający miał uznać za spełniony gdy wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani byli do złożenia informacji z banku lub spółdzielni kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu. Warunek ten nie uległ zmianie w toku Postępowania.

Zamawiający wezwał Pirios w dniu 25 lipca 2017 roku w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających oświadczenie o spełnianiu warunków złożone wraz z JEDZ. Jak wynika z dalszej korespondencji, Pirios nie złożył we wskazanym terminie i formie opinii bankowej, w związku z czym Zamawiający wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia aktualnej opinii bankowej potwierdzającej spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności finansowej. Pirios w odpowiedzi złożył w wyznaczonym terminie opinię wystawioną przez Deutsche Bank Oddział w Krakowie w dniu 16 sierpnia 2017 roku, zgodnie z którą na dzień wystawienia tejże opinii Pirios posiadał zdolność kredytową na kwotę 2 mln zł. Z dokumentu nie wynika natomiast, że Pirios spełniał ten warunek udziału na dzień składania ofert.

Odwołujący przyznaje, że zgodnie z SIWZ (jak również treścią Rozporządzenia o dokumentach) Zamawiający może wymagać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nadal jednak opinia ta ma potwierdzać stan środków, czyli spełnianie warunku udziału na dzień składania ofert, a nie na dzień późniejszy, a przynajmniej nie wyłącznie na dzień późniejszy niż termin składania ofert. Zgodnie z powołanym już powyżej orzeczeniem Izby (wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/17), wprowadzenie do ustawy Pzp możliwości żądania przez Zamawiającego dokumentów aktualnych, nie zmienia faktu, że mają one potwierdzać spełnianie warunków na dzień składania ofert. Izba uznała między innymi, że *„zmiana brzmienia art. 26 ust 3 ustawy Pzp; ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty”*. Dokument uzupełniony przez Pirios w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest aktualny jeżeli odnieść się do daty jego wystawienia ale i aktualny jeżeli chodzi o zdolność kredytową Pirios, nie potwierdza natomiast, że Pirios zdolność w takim samym zakresie miał w chwili składania ofert, czyli, że spełniał warunek udziału postawiony przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga również fakt, że z uwagi na możliwość jednokrotnego zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do danego dokumentu, nie jest możliwe ponowne wezwanie Pirios do złożenia opinii bankowej. Jednocześnie również nie ma możliwości uznania, że w Postępowaniu została skutecznie złożona opinia bankowa z dnia 8 czerwca 2017 roku przesłana do Zamawiającego mailem w dniu 9 sierpnia 2017 roku. Zamawiający słusznie nie uznał tego działania jako wypełnienia wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, gdyż zostało ono dokonane po wyznaczonym terminie a także w niedopuszczalnej formie. Pirios natomiast w żaden sposób nie kwestionował - chociażby poprzez wniesienie środka ochrony prawnej, iż dokument ten był przekazany Zamawiającemu w wyznaczonej dacie i formie, wobec czego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było niezasadne. W konsekwencji uznać należy, że Pirios winien zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wobec niewykazania się spełnianiem warunków udziału na dzień składania ofert.

Na posiedzeniu w dniu 16 października 2017 r. Odwołujący złożył dodatkowe pismo procesowe odnoszące się do przesłanek odrzucenia odwołania.

W trakcie rozprawy przed Izbą (16 października 2017 r.) Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w treści odwołania. Wskazał, że nie kwestionuje, iż kiedyś miało miejsce wdrożenie systemu Contactis Awarie (Emergency), ale twierdzi, że nie miało to

miejsce w okresie referencyjnym. Rozbudowa systemu, który został wdrożony przez inny podmiot nie może zostać uznana za wdrożenie przez wykonawcę, który się na to powołuje. Za uzasadnione uznał postawienie pytania, co jest w tym przypadku systemem, którego miało miejsce wdrożenie. W ocenie Odwołującego jest to system Contactis Awarie (Emergency), jednakże jego wdrożenie miało miejsce w okresie wcześniejszym. Ponadto, Odwołujący złożył jako dowody w sprawie informacje ze strony internetowej Przystępującego PIRIOS, tj. trzy informacje dotyczące rozbudowy systemu /notki informacyjne/ oraz list referencyjny wystawiony przez Tauron Dystrybucja S.A. w dniu 13 maja 2015 r. - na potwierdzenie tego, iż już w okresie 2012 r. - 2015 r. system był jedynie rozbudowywany. W odniesieniu do pisma Tauron Dystrybucja S.A. z dnia 18 września 2017 r. stwierdził, iż jest w nim mowa jedynie o porównywalności usług, natomiast w dalszym ciągu nie ma w nim potwierdzenia, iż przedmiotowa usługa była wdrożeniem zintegrowanego systemu informatycznego. Wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 2.2.2. SIWZ i zawarte tam sformułowanie „posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”. Odwołujący stwierdził również, iż na gruncie przepisów art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należy rozróżnić dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty przedkładane na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

II. Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, jednakże swoje stanowisko wyraził w formie ustnej w toku rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, uzasadniając swoje stanowisko w następujący sposób:

***W odniesieniu do zarzutu nr 2:***

Zamawiający wskazał, iż, w tym zakresie zwracał się po pierwsze o opinię biegłego, po drugie o wyjaśnienia do wykonawcy, a po trzecie o informację od wystawcy referencji. Z treści wszystkich tych dokumentów wynika, iż przedstawiona przez Przystępującego PIRIOS usługa na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Uznał, iż walor przedłożonych przez Odwołującego informacji ze strony internetowej jako dowodu w sprawie jest wątpliwy. W odniesieniu do przedłożonego listu referencyjnego stwierdził, iż ostatni akapit tego listu potwierdza ocenę dokonaną przez Zamawiającego w zakresie usługi wdrożenia. Podkreśla, iż przeprowadzając czynność badania i oceny ofert nie miał wątpliwości, że Przystępujący spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

***W odniesieniu do zarzutu nr 3 i 4:***

Zamawiający wskazał na fakt prowadzenia procedury odwróconej, opinię prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także na bogate orzecznictwo, które potwierdza, iż dokumenty

składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mają potwierdzać tę okoliczność na dzień składania ofert. Stwierdził, iż zastosowanie wykładni takiej, jaką prezentuje Odwołujący nie byłoby możliwe w szczególności do takich dokumentów jak informacja Krajowego Rejestru Karnego, czy zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, co potwierdza niezasadność tej interpretacji. Jako przykładowe podał następujące orzeczenia Izby: 2249/16, KIO 366/17, KIO 352/17, KIO 785/17 oraz Informację o wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (znak: UZP/DKUE/KU 31/17).

Uzasadniając dopuszczalność przedstawienia polisy kontraktowej na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej lub finansowej dotyczącego posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przytoczył fragment komentarza do ustawy nowelizującej ustawę Prawo zamówień publicznych autorstwa Grzegorza Mazurka (str. 150) oraz powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniach o sygn. akt: 564/16 oraz 165/16. Co do kwestii obowiązku opłacenia polisy wskazał na zmianę stanu prawnego, jaka zaszła w tym zakresie w związku z nowelizacją ustawy PZP. Obecnie nie ma już mowy o tym, że polisa musi być opłacona. Podkreślił, iż polisa działa od momentu jej zawarcia. Ponadto wskazał, iż zwrócił się do swojego brokera o wydanie opinii, który potwierdził, że polisa przedstawiona przez Przystępującego PIRIOS potwierdza spełnianie określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- po stronie Odwołującego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący Integrated Solutions”);
- po stronie Zamawiającego: Pirios Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący Pirios”).

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców do postępowania odwoławczego.

III. Przystępujący Pirios złożył na posiedzeniu pismo z dnia 16 października 2017 r., w którym przekazał swoje stanowisko w sprawie. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości przedstawił następującą argumentację:

**W odniesieniu do zarzutu nr 2:**

Przystępujący Pirios stwierdził, iż nie ma legalnej definicji systemu informatycznego, a w szczególności nie można za wiążącą uznać definicję z portalu Wikipedia.pl. Nawet jednak, gdyby należało oprzeć się na tej właśnie definicji, to wdrożenia dwóch zintegrowanych systemów informatycznych wykonanych dla Tauron Dystrybucja S.A. spełniają wszystkie jej elementy.

Według portalu Wikipedia.pl, system informatyczny to zbiór powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest przetwarzanie danych, przy użyciu techniki komputerowej. Na systemy informatyczne składają się obecnie takie elementy jak: sprzęt, oprogramowanie, zasoby osobowe, elementy organizacyjne i informacyjne. Każdy z tych elementów był objęty projektami referencyjnymi wskazanymi przez Przystępującego. Treść odwołania nie wskazuje, jakiego elementu z przytoczonej przez Odwołującego definicji nie zawierają systemy wdrożone przez Przystępującego, a to Odwołujący zgodnie z treścią art. 190 ustawy Pzp ma obowiązek wskazania dowodu na poparcie swoich twierdzeń.

Zamawiający w żadnym fragmencie w SIWZ, czy odpowiedziach na pytania wykonawców nie definiował zarówno pojęcia systemu informatycznego, jak i pojęcia wdrożenia systemu informatycznego, nie wskazywał również, jak błędnie twierdzi Odwołujący, że rozumie te pojęcia w taki sposób jak zostały one opisane na portalu Wikipedia. Ponadto, w ślad za treścią opinii biegłego powołanego przez Zamawiającego, Przystępujący Pirios nadmienił, iż w dokumentacji przetargowej nie sprecyzowano, że *zamawiający wymaga wdrożenia od podstaw, ale wymienia się fakt wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego co mieści się w granicach przytaczanych definicji*, co więcej treść wdrożenia z Wikipedii, na którą powołuje się Odwołujący również nie wskazuje na to, iż za wdrożenie systemu informatycznego należy rozumieć wdrożenie systemu od podstaw.

Przystępujący Pirios wyraził zdziwienie, w jaki sposób Odwołujący mając jedynie za podstawę treść wykazu usług, który jest de facto krótkim opisem wykonanego zamówienia, bez znajomości informacji poufnych, jakimi jest szczegółowy opis wdrożeń dwóch zintegrowanych systemów informatycznych wykonanych na rzecz Tauron, doszedł do wniosku, iż migracja wskazana w wykazie usług przez Pirios to jak wskazuje Odwołujący przeniesienie modułu oprogramowania z jednej platformy sprzętowej na inną platformę, co oczywiście migracją nazwać można, ale nie jest ona migracją danych dokonywaną w ramach wdrożenia systemu informatycznego. Przystępujący Pirios potwierdził, iż wdrożenie dwóch zintegrowanych systemów informatycznych, o których mowa w referencjach, składało się z migracji danych w rozumieniu definicji dostępnej w Wikipedii. Ponadto wskazał, iż zarówno:

a) opinia biegłego wskazująca, iż Tauron dokonała migracji Modułu IVR, który jest kluczową i integralną częścią systemu, co wiąże się z uruchomieniem nowej platformy, przy zmianie dodatkowo platformy sprzętowej, jak i b) treść przedstawionego przez Przystępującego WYKAZU USŁUG migracja Modułu IV R do nowej platformy - wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wskazują, iż doszło jedynie, jak twierdzi bezpodstawnie Odwołujący, do przeniesienia modułu oprogramowania z jednej platformy na inną platformę.

***W odniesieniu do zarzutu nr 3:***

Przystępujący podkreślił, że omawiany warunek nie polega na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, lecz na posiadaniu określonej zdolności finansowej i ekonomicznej. Dopiero na dowód posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej, Przystępujący powinien złożyć polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i dowód ten może być pozyskany przez Przystępującego po terminie składania ofert. Jest to zresztą w pełni spójne z ideą tzw. procedury odwróconej. Wykonawca, który składa ofertę nie jest zobowiązany do poniesienia wysiłku organizacyjnego i finansowego w celu zgromadzenia wszystkich wymaganych dokumentów przed dniem składania ofert. Wykonawca jest w pełni uprawniony do tego, by pozyskać niezbędne dokumenty dopiero wówczas, gdy otrzyma wezwanie zamawiającego sformułowane w trybie opisanym w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Na taką intencję ustawodawcy wskazuje też relatywnie długi minimalny termin, jaki zamawiający jest zobowiązany wyznaczyć w celu uzupełnienia dokumentów. Gdyby założeniem ustawodawcy było jedynie doręczenie dokumentów już posiadanych przez wykonawcę, to wspomniany termin mógłby być istotnie krótszy. Ustawodawca nie wykluczał więc sytuacji, w której wykonawcy po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 dopiero rozpoczną proces pozyskiwania dokumentów, które mają potwierdzić prawdziwość wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w treści odwołania zarówno odnośnie zarzutu dotyczącego polisy OC, jak i informacji banku przytacza to samo orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 707/17). Jak słusznie zauważył Odwołujący orzeczenie zapadło w konkretnej sprawie, a zatem na kanwie konkretnego stanu faktycznego ustalanego przez Izbę, a dodatkowo wobec odmiennych poglądów wyrażanych przez Izbę w innych sprawach, nie może być podstawą do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W opinii Przystępującego, zastosowanie interpretacji Odwołującego byłoby wypaczeniem idei nowelizacji ustawy Pzp, która wprowadziła tzw. procedurę odwróconą w ramach badania ofert. Na potwierdzenie zasadności ww. stanowiska Przystępujący Pirios przytoczył fragmenty dwóch orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroku z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 352/17) oraz wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2249/16). W opinii Przystępującego, przytoczone orzeczenia KIO wskazują, że przedkładane przez

zwycięskiego wykonawcę dokumenty, na podstawie art. 26 Pzp, mają być dokumentami aktualnymi na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a więc mogą to być dokumenty wystawione po dacie składania ofert. Wykonawcy nie muszą składać dokumentów według stanu na dzień składania ofert w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub ust. 2 Pzp, czy też w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp. Przystępujący mógł więc złożyć polisę z ochroną ubezpieczeniową po terminie składania ofert w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE zamawiający ma prawo badać sytuację wykonawców w każdym momencie przed podpisaniem umowy. Wspomniana dyrektywa mówi o tym, że zamawiający ma mieć najbardziej aktualne informacje (motyw 84 oraz motyw 85 w/w dyrektywy). Skoro celem prawodawcy unijnego i krajowego było zapewnienie zamawiającemu dostępu do jak najbardziej aktualnych dokumentów, to nie do pogodzenia z tym celem jest brak akceptowania dokumentu, który jest najbardziej aktualny, a zarazem domaganie się dokumentów potwierdzających określony stan historyczny. Żądanie takie jest zresztą sprzeczne z postulatem odformalizowania procedur udzielania zamówień publicznych, co było nadrzędną ideą uchwalenia dyrektywy 2014/24/UE oraz nowelizacji Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. W opinii Przystępującego Pirios, w odniesieniu do ubezpieczenia OC i informacji banku — nie był on obowiązany do składania dokumentów potwierdzających stan z przeszłości.

Przystępujący poinformował, iż celem spełnienia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym tego dotyczącego sytuacji ekonomicznej, firma PIRIOS S.A. zwróciła się do pośrednika ubezpieczeniowego ubezpieczyciela PZU o przeprowadzenie analizy sytuacji firmy. Z przeprowadzonej przed dniem składania ofert analizy wynikało, iż Pirios posiada wystarczającą zdolność do zawarcia ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 3 000 000 zł, zatem na dzień składania ofert spełniał warunek postawiony przez Zamawiającego dotyczący zdolności ekonomicznej. Jako dowód w sprawie do pisma załączył oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego D. P. z dnia 13 października 2017 r.

Nie jest zatem prawdą, jak wskazuje się w treści Odwołania, że oświadczenie złożone przez Przystępującego w JEDZ jest nieprawdziwe, bowiem Pirios jak wynika ze złożonych dokumentów, na dzień składania ofert posiadał wyłącznie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący na etapie składania ofert złożył oświadczenie wstępne dotyczące spełnienia kryteriów kwalifikacji, które zostało poprzedzone analizą firmy Pirios przez przedstawiciela Ubezpieczyciela, co oznacza dołożenie należytej staranności w celu ustalenia możliwości



złożenia oświadczenia o spełnieniu warunku posiadania określonej zdolności finansowej i ekonomicznej.

Ponadto Przystępujący nie zgodził się z tym, że zakres przedstawionej polisy nie jest wystarczający, ponieważ jest to polisa tzw. kontraktowa (dotycząca umowy o realizację przedmiotowego zamówienia), a nie szerszej działalności Przystępującego. Jak wskazuje orzecznictwo oraz doktryna, a także opinia Urzędu Zamówień Publicznych, polisa ma na celu wykazanie się przez wykonawców określonym statusem ekonomiczno-finansowym w związku z realizacją konkretnego zamówienia. M. S. stwierdziła, że *warunek znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej ma za zadanie potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w wyznaczonym przez zamawiającego w terminie i sfinansowania go do czasu dokonania płatności przez zamawiającego* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. VI. LEX, 2014). KIO w wyroku z 2013 r. opisała cel wykazania posiadania odpowiedniej polisy: *na wstępie wskazać należy, że celem złożenia dokumentu 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 jest potwierdzenie, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego* (wyrok z dnia 1 października 2013 r., KIO 2215/13).

Ponadto, polisa OC obejmuje zakresem działalność Przystępującego (Ubezpieczonego) związaną z realizacją przedmiotowego zamówienia. Polisa OC dedykowana do konkretnego zamówienia nie tylko spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego, ale także rozwiewa wszelkie potencjalne wątpliwości dotyczącego tego, czy ubezpieczona działalność jest związana z przedmiotem zamówienia, tak jak ma to miejsce przy standardowym polisach, ponieważ Polisa OC złożona przez Odwołującego wprost odnosi się do zamówienia. Możliwość przedstawienia Polisy OC, która wprost ubezpiecza działalność wykonawcy związaną z konkretnym zamówieniem potwierdza orzecznictwo KIO: To, że polisa OC nie musi obejmować kontraktu objętego przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że nie może mieć ona takiego charakteru. Taka polisa w sposób oczywisty jest bowiem polisą związaną z przedmiotem zamówienia. Warto przy tym dostrzec, że przepis nie wymaga posiadania ubezpieczenia całej działalności wykonawcy, jej oznaczonego wycinka, ale odnosi powyższe do tej działalności, jaka jest związana z przedmiotem zamówienia, a w takim zakresie mieści się ubezpieczenie danego kontraktu (wyrok z dnia 12 lutego 2015 r., KIO 179/15). Ubezpieczenie kontraktu wskazuje także na to, że Ubezpieczyciel po przanalizowaniu ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej Przystępującego zdecydował się ubezpieczyć Przystępującego i wycenił wysokość składki, którą rozłożył Przystępującemu na cztery raty. Pierwszą, wymagalną ratę Przystępujący

obowiązany był uiścić do dnia 09.08.2017 r. Opłacenie wyłącznie wymagalnych składek (rat) jest standardową praktyką na rynku. Żądanie Odwołującego wykluczenia Przystępującego z Postępowania za przedstawienie polisy OC projektowej, stoi także w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Przystępujący złożył w przedmiotowym Postępowaniu Polisę OC, której przedmiotem jest ubezpieczenie kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia, który będzie realizował Przystępujący, jeżeli uzyska zamówienie, zatem zakres polisy OC jest z pewnością proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i obejmuje swoim zakresem działalność wykonawcy związaną z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Przystępujący stwierdził, że zgodnie z treścią art. 51 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) *w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów.... 4) potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.* Treść obowiązującego obecnie rozporządzenia wskazuje, iż ustawodawca zrezygnował z obowiązku żądania dowodu opłacenia polisy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego żądanie przez Zamawiającego dowodu opłacenia składki naraziłoby Zamawiającego na zarzut żądania od wykonawców dokumentu nadmiarowego, nie objętego treścią przytoczonego powyżej rozporządzenia, zaś żądanie takiego dokumentu wyłącznie od Przystępującego naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał na treść pkt. 4.2.2. lit b) oraz pkt. 6.2 SIWZ. Z ostrożności załączył jako dowód opłacenia I wymagalnej raty potwierdzenie wykonania przelewu z dnia 3 sierpnia 2017 r.

***W odniesieniu do zarzutu nr 4:***

Przystępujący ponownie powołał się na treść wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2249/16), zaznaczając przy tym, iż w cytowanym wyroku sprawa dotyczyła właśnie aktualności informacji bankowej, która potwierdzała stan po dniu składania ofert. Wyjaśnił, że w terminie wyznaczonym na złożenie dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, omyłkowo nie złożył informacji z banku i — dążąc do naprawienia błędu oraz uprzedzając późniejsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, 9 sierpnia br., przesłał odpowiedni dokument (nawiasem mówiąc, wystawiony przed dniem składania ofert). Pomimo to, Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie złożony został dokument o identycznej treści, jednak z aktualną datą. Obie informacje bankowe przedłożone przez Przystępującego posiadają dokładnie taką samą

treść, zatem Zamawiający miał pełne prawo uznać, iż Przystępujący posiadał zdolność kredytową na 2 mln zł zarówno na dzień składania ofert, jak i na dzień złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z art. 26 ust. 1 Pzp. Późniejsze złożenie dokumentu zaktualizowanego stanowi natomiast potwierdzenie, że zdolność finansowa w wymaganej wysokości istnieje nadal, także na dzień złożenia uzupełnianego dokumentu.

W toku rozprawy przed Izłą Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie wyrażone w treści ww. pisma. Dodatkowo wskazał, iż to, że dana usługa była rozbudową systemu w żaden sposób nie wyłącza tego, że można ją uznać również za wdrożenie. Stwierdził, iż wdrożenie modułu czy też oprogramowania jest jednocześnie wdrożeniem systemu, albowiem pojęcie systemu jest bardzo zróżnicowane i pojemne. W odniesieniu do listu referencyjnego przedłożonego jako dowód w sprawie przez Odwołującego zaznaczył, iż dotyczył on poprzednich wdrożeń. W ramach Contactis Awaria (Emergency) nastąpiło wdrożenie 2 nowych modułów. Wdrożenie nowego modułu obsługującego nową funkcjonalność to nic innego jak wdrożenie systemu. Wskazał, iż czym innym jest stan posiadania zdolności ekonomicznej lub finansowej, a czym innym jest udowodnienie tej zdolności. Na gruncie obecnych przepisów wykonawca najpierw składa oświadczenie, że taką zdolność posiada, a następnie w przypadku, gdy jego oferta zostanie najwyższej sklasyfikowana będzie musiał udowodnić posiadanie tej zdolności. W związku z tym w odniesieniu do stanu faktycznego, którego dotyczy zarzut nr 2, nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, gdyż Przystępujący zgodnie z prawdą oświadczył, że zdolność posiada, natomiast czym innym jest kwestia udowodnienia jej na późniejszym etapie. Potwierdził, że na dzień składania ofert nie posiadał polisy, ale w tym czasie zostały podjęte kroki w celu potwierdzenia posiadanej zdolności ekonomicznej lub finansowej. W jego ocenie Odwołujący błędnie utożsamia warunek z dowodem (polisa). Wskazał, iż z treści polisy PZU (pozycja 4) jednoznacznie wynika, iż obejmuje ona odpowiedzialność cywilną w związku z prowadzoną przez wykonawcę działalnością, a zatem jest to ewidentnie polisa związana z prowadzoną działalnością gospodarczą.

IV. Przystępujący Integrated Solutions przedstawił ustne stanowisko w sprawie w trakcie rozprawy popierając w całości argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (trzy wydruki ze strony internetowej Pirios /notki informacyjne/ dotyczące rozbudowy systemu Contactis Awarie/Emergency z dnia: 12 czerwca 2012 r. [tytuł: *Rozbudowa Contactis Awarie w Tauron Dystrybucja*], 20 listopada

2012 r. [tytuł: *Centralizacja Systemu Contactis Awarie w Tauron Dystrybucja S.A.*] oraz 23 lipca 2014 r. [tytuł: *Rozbudowa systemu Contactis Emergency w Tauron Dystrybucja S.A.*] oraz list referencyjny Tauron Dystrybucja S.A. z dnia 13 maja 2015 r.) oraz dokumentów załączonych przez Przystępującego Pirios do pisma procesowego z dnia 16 października 2017 r. (oświadczenie Dariusza Pieca z dnia 13 października 2017 r. oraz potwierdzenie wykonania przelewu z dnia 3 sierpnia 2017 r.).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący, którego oferta została zakwalifikowana na 2. pozycji, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Zamawiający przewidział następujące postanowienia SIWZ:

W pkt 1. Rozdziału 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1.1. nie podlegają wykluczeniu.

1.2. spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

W pkt 2 Rozdziału 2 SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu („O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:”).

W pkt 2.1. Zamawiający dokonał opisu warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej:

2.1.1. Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje należycie:

2.1.1.1. dla podmiotu zatrudniającego ponad 1000 pracowników, co najmniej dwie usługi w zakresie wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego dla co najmniej 30 jednocześnie użytkowników systemu o wartości wdrożenia min. 1 000 000,00 zł brutto każde, przy czym przynajmniej jedno z wdrożeń obejmowało wdrożenie centrum kontaktu opartego na systemie, który:

- a. był systemem typu COTS (commercial of the shelf) – umożliwiającym dalszy rozwój i modyfikacje systemu przez sieć autoryzowanych partnerów producenta,
- b. obejmował integrację z co najmniej czterema kanałami komunikacji spośród następujących: telefon, czat, sms, aplikacja mobilna, e-mail, wideorozmowa,
- c. był przeznaczony do obsługi co najmniej 500 000 potencjalnych klientów.

2.1.1.2. co najmniej jedną usługę w zakresie udostępnienia mocy obliczeniowej, hostingu lub cloud computingu (chmury obliczeniowej), o wartości min. 250 000,00 zł brutto.

W pkt 2.2. Zamawiający dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

2.2.1. Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

2.2.2. Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł.

W ogłoszeniu o zamówieniu zostały określone warunki udziału w Postępowaniu w taki sam sposób jak w treści SIWZ.

W Rozdziale 3 SIWZ Zamawiający określił oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z pkt 1 do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć :

1.1. Oświadczenie, aktualne na dzień składania ofert, stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca :

- a) nie podlega wykluczeniu,
- b) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

1.1.1. Oświadczenie Wykonawca zobowiązany jest złożyć w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego

formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „JEDZ” .

1.1.4. Zamawiający informuje, że podczas wypełniania części IV formularza pod nazwą „Kryteria kwalifikacji” Wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α tj. do złożenia ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji. W takim wypadku Wykonawca nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji części IV formularza dotyczącej kryteriów kwalifikacji, zaś właściwej (dowodowej) weryfikacji spełnienia konkretnych, określonych przez Zamawiającego, warunków udziału w postępowaniu (kryteriów selekcji) Zamawiający dokona co do zasady na zakończenie postępowania w oparciu o stosowne dokumenty składane przez Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z pkt 4 SIWZ na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, zobowiązany będzie do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W pkt 4.2. SIWZ Zamawiający wskazał dokumenty i oświadczenia w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym na potwierdzenie warunków w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej (pkt 4.2.2.):

- a) informacja banku lub spółdzielni kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu;
- b) dokument lub dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, iż przebieg postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w zakresie, w jakim odnosiły się do niego postawione w odwołaniu zarzuty, był zgodny z informacjami przekazanymi w pismach oraz w ramach stanowisk ustnych stron oraz uczestników postępowania.

W szczególności, na podstawie dokumentacji Postępowania, Izba ustaliła, iż:

- Przystępujący Pirios w treści JEDZ złożył oświadczenie, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu (str. 16 oferty, str. 11 JEDZ);

- na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego przez Zamawiającego w pkt 2.1.1.1. SIWZ, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący Pirios złożył wykaz usług zawierający m. in. usługę wykonaną na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, polegająca na: „*Dostosowanie systemu Contactis Awarie 991 do usługi awarii masowych – uruchomienie nowych Serwerów Komunikacyjnych, migracja Modułu IVR do nowej platformy, rozbudowa o 2000 kanałów – Zwiększenie funkcjonalności systemu zgłoszeń awarii z rozwojem automatycznej współpracy z OMS*”;
- w ramach wyjaśniania spełniania przez Przystępującego Pirios warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 2.1.1.1 SIWZ., Zamawiający zwrócił się do o wyrażenie opinii do biegłego (pismo z dnia 8 września 2017 r.), o złożenie wyjaśnień przez Przystępującego Pirios (pismo z dnia 12 września 2017 r.) oraz o udzielenie dodatkowych informacji do Tauron Dystrybucja S.A. (pismo z dnia 12 września 2017 r.);
- na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, określonego przez Zamawiającego w pkt 2.2.2. SIWZ, Przystępujący Pirios złożył dwie polisy, tj. polisę wystawioną przez TUIR Warta S.A. na okres od 17 grudnia 2016 r. do 16 grudnia 2017 r. na sumę gwarancyjną 1 mln zł, oraz polisę wystawioną przez PZU S.A. na okres od 26 lipca 2017 r. do 25 lipca 2018 r. na sumę gwarancyjną 3 mln zł;
- na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, określonego przez Zamawiającego w pkt 2.2.1. SIWZ, Przystępujący Pirios nie złożył wymaganego SIWZ dokumentu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – informacja (opinia) banku z dnia 16 sierpnia 2017 r. została złożona na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dokumentacji postępowania brak jest natomiast kopii opinii z dnia 8 czerwca 2017 r., która zgodnie z twierdzeniami Przystępującego Pirios została przez niego przesłana drogą emailową (w postaci skanu).

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 3.

**Zarzut nr 1 [naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp] – zarzut nie został uwzględniony.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór w Postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego Pirios SA, który

podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie stawiał w odwołaniu żadnych zarzutów dotyczących wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, nie odnosił się również do ww. zagadnienia w treści uzasadnienia odwołania. W związku z powyższym ww. zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

**Zarzut nr 2 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp]**  
**– zarzut nie został uwzględniony.**

Jak wynika z dokumentacji Postępowania, Zamawiający na tle złożonego przez Przystępującego Parios wykazu usług powziął wątpliwości w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 2.1.1.1. SIWZ w związku z usługą zrealizowaną na rzecz Tauron Dystrybucja S.A., której przedmiotem było dostosowanie systemu Contactis Awarie 991 do obsługi awarii masowych. W związku z tym Zamawiający zwrócił się do biegłego o wydanie opinii, do Przystępującego Parios o przedstawienie wyjaśnień, a także o udzielenie dodatkowych informacji odnośnie przedmiotowej usługi do samego podmiotu, na rzecz którego usługa ta została zrealizowana (Tauron Dystrybucja S.A.).

Zarówno z opinii biegłego, jak i odpowiedzi Tauron Dystrybucja S.A. wynikało, iż zakres ww. usługi odpowiada treści warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 2.1.1.1. SIWZ. Okoliczność tą dodatkowo potwierdziły wyjaśnienia Przystępującego.

Odwołujący, uzasadniając przedmiotowy zarzut, stwierdził w odwołaniu, iż zarówno z treści wykazu usług przedstawionego przez Przystępującego Parios, jak i z treści referencji wystawionej przez Tauron Dystrybucja S.A., wynika że przedmiotem usługi nie było wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego, a jego rozbudowa. Argumentacja zawarta w odwołaniu w dużej mierze opierała się na kwestionowaniu opinii wydanej przez biegłego w trakcie Postępowania. Odwołujący podkreślał także, że nie kwestionuje faktu wdrożenia w Tauron Dystrybucja S.A. dwóch systemów Contactis (co należy zakwalifikować jako wdrożenie systemów informatycznych). Kwestionuje natomiast to, że prace dotyczące Contactis Awarie 991 zrealizowane przez Przystępującego Parios w okresie wskazanym w wykazie usług można uznać za wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego. Stanowisko Odwołującego opierało się na założeniu, iż dany system informatyczny może być tylko raz wdrożony, a wszelkie usługi, które są wykonywane w odniesieniu do tego systemu na dalszym etapie nie mogą już być zakwalifikowane jako wdrożenie, lecz stanowią co najwyżej rozbudowę tego systemu. W związku z tym - jak wnioskował Odwołujący - że



system Contactis Awarie został wdrożony wcześniej niż w okresie referencyjnym, a w szczególności przez inny podmiot niż Przystępujący Pirios, usługa wskazana przez Przystępującego Pirios nie mogła również stanowić wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, a zatem nie mogła zostać uznana jako jedna z dwóch wymaganych usług potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt 2.1.1.1. SIWZ. Przystępujący Pirios nie kwestionował okresu wdrożenia systemu Contactis Awarie wskazywanego przez Odwołującego. Twierdził natomiast, iż usługi, jakie zostały przez niego zrealizowane dla Tauron Dystrybucja S.A. i dotyczące systemu Contractis Awarie (tj. dostosowanie systemu Contactis Awarie 991 do obsługi awarii masowych) również mogą zostać zakwalifikowane jako wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego. Podkreślał, iż także prace wykonane w ramach rozbudowy systemu informatycznego mogą zostać jednocześnie zakwalifikowane jako wdrożenie takiego systemu. Kwestia ta została zatem uznana przez Izbę jako sporna pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołującego obciążał zatem obowiązek udowodnienia, iż usługi wskazane przez Przystępującego Pirios w wykazie usług, wykonane na rzecz Tauron Dystrybucja S.A., nie stanowiły wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego.

Odwołujący na rozprawie przed Izbą złożył następujące dowody: trzy wydruki ze strony internetowej Pirios /notki informacyjne/ dotyczące rozbudowy systemu Contactis Awarie/Emergency z dnia: 12 czerwca 2012 r. [tytuł: *Rozbudowa Contactis Awarie w Tauron Dystrybucja*], 20 listopada 2012 r. [tytuł: *Centralizacja Systemu Contactis Awarie w Tauron Dystrybucja S.A.*] oraz 23 lipca 2014 r. [tytuł: *Rozbudowa systemu Contactis Emergency w Tauron Dystrybucja S.A.*] oraz list referencyjny Tauron Dystrybucja S.A. z dnia 13 maja 2015 r.

Dokonując oceny ww. dowodów Izba uznała, iż z ww. informacji internetowych /notek informacyjnych/ wynika, iż w okresie czerwiec 2012 r. – lipiec 2014 r. miała miejsce rozbudowa systemu Contactis Awarie (Emergency), a w konsekwencji, iż w okresie wcześniejszym miało miejsce wdrożenie systemu Contactis Awarie. Z referencji wystawionej przez Tauron Dystrybucja S.A. wynika natomiast, iż wdrożenie ww. systemu miało miejsce w okresie poprzedzającym dzień wystawienia referencji, tj. 13 maja 2015 r. Z ww. dowodów nie wynika jednak, iż usługi zrealizowane przez Przystępującego Pirios w okresie późniejszym i wskazane w wykazie usług nie mogą zostać zakwalifikowane jako wdrożenie

zintegrowanego systemu informatycznego, co zgodnie z ustaleniami Izby było kwestią sporną.

W związku z powyższym Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń podnoszonych w odwołaniu w odniesieniu do braku spełnienia przez Przystępującego Pirios warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 2.1.1.1. SIWZ, w szczególności nie przedstawił dowodów przeciwnych do znajdujących się w dokumentacji Postępowania dokumentów zgromadzonych przez Zamawiającego (opinia biegłego, informacje dodatkowe Tauron S.A. oraz wyjaśnienia Pirios S.A.) potwierdzających okoliczność spełnienia przez Przystępującego Pirios ww. warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż zarzut nr 2 – jako nie udowodniony przez Odwołującego – nie może zostać uwzględniony.

**Zarzut nr 3 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp] – zarzut został uwzględniony.**

**Zarzut nr 4 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp] – zarzut nie został uwzględniony.**

*Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*

- 1) nie podlegają wykluczeniu;*
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.*

*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp).*

*Zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu moga dotyczyć:*

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.*

W myśl art. 22c ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności:

- 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem;
- 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;
- 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W myśl art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 4) potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Z powyższych przepisów wynika zatem jednoznacznie, iż warunki udziału w postępowaniu są określane przez Zamawiającego. Mogą one dotyczyć między innymi sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ale sama sytuacja ekonomiczna lub finansowa nie stanowi warunku. Warunkiem udziału w postępowaniu jest np. posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ma ono być aktualne na dzień składania ofert. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert. Jest to od lat jedna z podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie uległa ona zmianie w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., co też potwierdzają przytoczone powyżej przepisy ustawy Pzp. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią *wstępne* potwierdzenie, tzn. że na moment składania tego oświadczenia wykonawcy w aktualnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do poprzedniego) nie muszą załączać do niego dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. między innymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te składane są przez wykonawcę, której oferta zostanie najwyżej oceniona, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku nie złożenia wymaganego dokumentu lub złożenia dokumentu zawierającego błędy, zamawiający (jednokrotnie) wzywa takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 oraz ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień ich złożenia.

Jak zatem wynika z przytoczonych przepisów ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków mają być aktualne na dzień ich złożenia, co zdaniem składu orzekającego Izby oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego.

Mając to na uwadze Izba wskazuje, iż w odniesieniu do zarzutu nr 3 i 4 Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego w zakresie dotyczącym sposobu rozumienia „aktualności” dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17). Zgodnie z tym stanowiskiem:

„Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. **Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.** Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków

udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie, wskazać należy, iż w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.”

Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, natomiast dowody składane na potwierdzenie tych warunków mają być aktualnego na dzień ich składania. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać określony warunek udziału w postępowaniu, który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert – ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To samo dotyczy braku podstaw wykluczenia. Na tym zatem polega podstawa różnica w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, kiedy to spełnianie warunków udziału w postępowaniu podlegało badaniu tylko na dzień składania ofert (*art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp w poprzednim brzmieniu: 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 powyższą (obecnie obowiązującą) zasadą koresponduje również regulacja art. 26 ust. 2f ustawy Pzp - *jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów* – gdyż właśnie w obecnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu mają być nieprzerwanie spełnione od dnia składania ofert aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych zarówno przez Zamawiającego (za wyjątkiem KIO 366/17, który został błędnie wskazany przez Zamawiającego, gdyż potwierdza stanowisko Odwołującego), jak i Przystępującego Pirios – zarówno co do tego, iż dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mają być aktualne na dzień ich złożenia, jak i co do tego, że warunki udziału w postępowaniu mają być spełnione w sposób ciągły od dnia składania ofert aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie Przystępujący Pirios złożył w dokumencie JEDZ oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu - na dzień składania ofert (gdyż jak wynika z przytoczonego powyżej przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Pzp oświadczenie zawarte w JEDZ ma być aktualne na dzień składania ofert). W zakresie dotyczącym zdolności ekonomicznej lub finansowej Zamawiający przewidział dwa warunki udziału w postępowaniu:

1) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

2) posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł.

Składając ww. oświadczenie w JEDZ Przystępujący Pirios oświadczył zatem, iż na dzień jego składania posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł oraz że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący Pirios miał złożyć aktualne na dzień złożenia dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków udziału w postępowaniu, tj. 1) informację banku lub spółdzielni kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu oraz 2) dokument lub dokumenty potwierdzające, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W odniesieniu do pierwszego z ww. warunków Przystępujący Pirios nie złożył wymaganej informacji banku lub spółdzielni kasy oszczędnościowo-kredytowej na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże opinia banku została

złożona na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Opinia ta potwierdza spełnianie przez Przystępującego Pirios określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej (posiadanie zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł) i jest ona aktualna na dzień złożenia. Jednocześnie nie wynika z niej brak spełniania przedmiotowego warunku w okresie wcześniejszym (od dnia składania ofert do dnia wydania opinii).

W związku z powyższym, mając na uwadze przytoczone powyżej obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzut nr 4 nie zasługuje na uwzględnienie.

Natomiast w odniesieniu do drugiego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej (pkt 2.2.2. SIWZ) Przystępujący Pirios w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył dwie polisy: polisę wystawioną przez TUIR Warta S.A. na okres od 17 grudnia 2016 r. do 16 grudnia 2017 r. na sumę gwarancyjną 1 mln zł, oraz polisę wystawioną przez PZU S.A. na okres od 26 lipca 2017 r. do 25 lipca 2018 r. na sumę gwarancyjną 3 mln zł. W związku z tym, iż pierwsza polisa opiewała na sumę gwarancyjną niższą niż określona w opisie przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, oceniania przez Zamawiającego mogła być wyłącznie druga polisa - wystawiona przez PZU S.A. na okres od 26 lipca 2017 r. do 25 lipca 2018 r. na sumę gwarancyjną 3 mln zł.

Następnie, w związku z podniesionym zarzutem odwołania, Przystępujący Pirios złożył na posiedzeniu odbywającym się przed Izbą pismo procesowe z dnia 16 października 2017 r. z którego wynikało, iż nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, jak i stan spełnienia tego warunku nie miał charakteru ciągłego od dnia składania ofert, albowiem stan ten nie mógł zaistnieć wcześniej niż 26 lipca 2017 r. Okoliczność tą Izba ustaliła na podstawie:

1) oświadczenia zawartego w piśmie procesowym z dnia 16 października 2017 r.:

Przystępujący Pirios oświadczył w piśmie procesowym z dnia 16 października 2017 r.: *„Przystępujący poinformował, iż celem spełnienia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym tego dotyczącego sytuacji ekonomicznej, firma PIRIOS S.A. zwróciła się do pośrednika ubezpieczeniowego ubezpieczyciela PZU o przeprowadzenie analizy sytuacji firmy. Z przeprowadzonej przed dniem składania ofert analizy wynikało, iż Pirios posiada wystarczającą zdolność do zawarcia ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 3 000 000 zł, zatem na dzień składania ofert spełniał warunek postawiony przez Zamawiającego dotyczący zdolności ekonomicznej. Jako dowód w sprawie do pisma*



załączył oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego Dariusza Pieca z dnia 13 października 2017 r.

*Nie prawdą jest zatem, jak wskazuje się w treści Odwołania, że oświadczenie złożone przez Przystępującego w JEDZ jest nie prawdziwe, bowiem Pirios jak wynika ze złożonych dokumentów, na dzień składania ofert posiadał wyłącznie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący na etapie składania ofert złożył oświadczenie wstępne dotyczące spełnienia kryteriów kwalifikacji, które zostało poprzedzone analizą firmy Pirios przez przedstawiciela Ubezpieczyciela, co oznacza dołożenie należytej staranności w celu ustalenia możliwości złożenia oświadczenia o spełnieniu warunku posiadania określonej zdolności finansowej i ekonomicznej.*

2) dowodu w postaci oświadczenia pośrednika ubezpieczeniowego:

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący Pirios załączył dowód w postaci oświadczenia pośrednika ubezpieczeniowego Pana D. P. z dnia 13 października 2017 r., z którego wynika, iż na dzień składania ofert Przystępujący Pirios nie posiadał wymaganej polisy, a jedynie na ten dzień została dokonana analiza pod kątem zdolności do zawarcia umowy ubezpieczenia:

*„Niniejszym oświadczam, iż w maju bieżącego roku na zlecenie PIRIOS S.A. została przeprowadzona analiza sytuacji firmy. Potwierdzam, iż analiza wykazała, że firma PIRIOS S.A. osiągnęła wystarczającą zdolność do zawarcia umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia lub umowy ubezpieczenia realizacji kontraktu p.n. „Gdańskie Centrum Kontraktu”, w ramach którego ma zostać stworzony system informatyczny wspierający działalność Gdańskiego Centrum Kontaktu, na kwotę 3 000 000 zł. W związku z powyższym, doszło do złożenia oferty z dnia 8 maja 2017 r., a następnie w terminie późniejszym została podpisana umowa UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ OGÓLNEJ Nr 1021742693.”*

3) oświadczenia złożonego w toku rozprawy:

Fakt nie posiadania wymaganej polisy Przystępujący Pirios dodatkowo potwierdził do protokołu rozprawy („Potwierdza, że na dzień składania ofert nie posiadał polisy, ale w tym czasie zostały podjęte kroki w celu potwierdzenia posiadanej zdolności ekonomicznej lub finansowej.”).

Mając to na uwadze należało stwierdzić, iż sam Przystępujący Pirios oświadczył i potwierdził, iż nie spełnił warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, jak i stan spełnienia tego warunku nie miał charakteru ciągłego od dnia składania ofert, albowiem stan ten mógł zaistnieć dopiero w dniu 26 lipca 2017 r. (pod warunkiem spełnienia pozostałych warunków dotyczących polisy ubezpieczeniowej). Jak w sposób oczywisty wynika zarówno

z dokumentacji Postępowania (ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ), jak i z ww. przepisów ustawy Pzp, warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, a nie znajdowanie się w sytuacji bycia zdolnym do zawarcia takiej umowy ubezpieczenia.

W konsekwencji Izba uznała, iż Przystępujący Pirios podlega wykluczeniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż w takim przypadku z oczywistych względów nie znajduje zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przede wszystkim, przepis ten nie dotyczy przypadków, kiedy już z samego oświadczenia wykonawcy wynika fakt niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jest przy tym oczywiste, iż nie istnieje jeszcze trzecia polisa potwierdzająca spełnianie przez tego wykonawcę przedmiotowego warunku udziału na dzień składania ofert – gdyby istniała taka polisa, to z pewnością zostałaaby złożona, jeśli nie zamiast, to przynajmniej razem z pozostałym dwiema polisami. W szczególności jednak należy wskazać, że z oświadczeń złożonych przez Przystępującego w treści pisma procesowego oraz w toku rozprawy, a także złożonego dowodu w postaci oświadczenia pośrednika ubezpieczeniowego, jednoznacznie wynika, iż oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postaci zostało złożone w związku z przeprowadzonymi analizami dotyczącymi zdolności do zawarcia umowy ubezpieczenia na wymaganą kwotę, w następstwie czego została zawarta umowa ubezpieczenia z PZU S.A. Przystępujący Pirios potwierdzając fakt nieposiadania umowy ubezpieczenia na dzień składania ofert powoływał się na posiadaną w tym dniu zdolność do zawarcia umowy ubezpieczenia, co też utożsamiał ze spełnieniem przedmiotowego warunku, wskazując, iż polisa stanowi jedynie dowód składany na późniejszym etapie postępowania.

Ponadto, w tym zakresie Przystępujący Pirios nie może się już powołać na zasoby podmiotu trzeciego (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* oraz bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie).

Po drugie, iż jak stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r. (X Ga 739/16) „wskazać także należy, iż w przypadku, w którym mamy do czynienia z niewątpliwym podaniem informacji nieprawdziwych, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania przepis art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, na co wskazywał w części zarzutów wykonawca. Nie można bowiem w trybie tych przepisów uzupełniać czy wyjaśniać informacji nieprawdziwych, co stanowi jednolity pogląd orzecznictwa KIO, jak i Sądów Okręgowych, podzielany przez Sąd Orzekający.”

Mając jednocześnie na uwadze fakt złożenia nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, dodatkowo Przystępujący Pirios podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 16 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Z przytoczonej regulacji wynika, że do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- w wyniku zachowania wykonawcy przy przedstawianiu informacji zamawiający zostaje wprowadzony został w błąd [*przesłanka 1*],
- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa [*przesłanka 2*],
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji [*przesłanka 3*].

W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia ze spełnieniem wszystkich przesłanek, albowiem:

*Przesłanka 1:*

Przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy. W wyniku złożenia oświadczenia w JEDZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu co do spełnienia przez Przystępującego Pirios warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i w związku z tym dokonywał badania i oceny oferty, pomimo, iż w tym czasie warunek udziału w postępowaniu nie był spełniony.

*Przesłanka 2:*

Przystępujący Pirios, przedstawiając stanowisko dotyczące „aktualności” dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podzielone przez skład orzekający Izby, nie kwestionował tego, iż warunki udziału w postępowaniu mają być spełnione na dzień składania ofert, lecz twierdził, iż warunkiem nie jest posiadanie ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej, lecz zdolność do zawarcia umowy ubezpieczenia potwierdzona przeprowadzonymi analizami przez pośrednika ubezpieczeniowego. Mając na uwadze jednoznaczność przepisów ustawy Pzp w tym zakresie, jak i postanowień SIWZ, z których w sposób oczywisty wynika, iż warunkiem jest posiadanie ubezpieczenia, należy uznać, iż zachowanie Przystępującego polegające na złożeniu oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu cechowało co najmniej rażące niedbalstwo.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Przystępując Parios powinien był zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonywanie założeń odnośnie treści warunku udziału w postępowaniu w sposób tak dalece odbiegający od jednoznacznych postanowień SIWZ oraz ustawy Pzp (posiadanie ubezpieczenia) skutkujące złożeniem nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić jako rażące niedbalstwo.

*Przesłanka 3:* Bezspornie błąd ten dotyczy informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. W przypadku wprowadzenia w błąd przez wykonawcę tzw. samooczyszczenie, o którym mowa w tym przepisie, powinno w szczególności polegać na przyznaniu się do wprowadzenia w błąd zamawiającego, wyjaśnieniu okoliczności tego czynu i przedstawieniu środków wystarczających do wykazania rzetelności wykonawcy. Pomimo podniesienia przedmiotowego zarzutu w treści odwołania Przystępujący Pirios nie skorzystał z możliwości przewidzianej dla wykonawców ww. przepisem, ani w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani w toku rozprawy przed Izbą, pozostając przy swoim stanowisku.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut nr 3 zasługuje na uwzględnienie i w związku z tym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Pirios Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp oraz dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie nakazanej powtórnej czynności badania i oceny ofert Zamawiający obowiązany jest do faktycznego wykonania wyłącznie czynności wynikających z uwzględnionego zarzutu, tj. oprócz wykluczenia wykonawcy Pirios z Postępowania, dokonania zmiany końcowej oceny ofert oraz dokonania podmiotowego badania i oceny oferty najwyżej ocenionej.

Ponadto, wobec uwzględnienia zarzutu nr 3 z powodu wskazanych powyżej okoliczności, zbędne stało się rozpoznawanie przedmiotowego zarzutu w pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do okoliczności braku opłacenia polisy oraz jej charakteru (polisa kontraktowa).

Niemniej jednak Izba wskazuje, iż zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest *dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie*

*prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (§ 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia).*

Zgodnie z art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.

Datę początkową odpowiedzialności ubezpieczyciela określa zazwyczaj umowa ubezpieczenia. W braku stosownego postanowienia umownego odpowiedzialność ta rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty – w tym przypadku dla udowodnienia posiadania ochrony ubezpieczeniowej nie jest wystarczające zawarcie umowy ubezpieczenia (potwierdzonej w treści polisy), ale również opłacenie składki.

W treści polisy wystawionej przez PZU S.A. okres ubezpieczenia wskazano w pkt 1: „*od 26.07.2017 r. godz. 13:41 do 25.07.2018 r.*”, co wskazywałoby na istnienie w tym przypadku odmiennych postanowień umownych określających wprost datę początkową odpowiedzialności ubezpieczyciela bez względu na datę dokonania zapłaty składki.

Ponadto, Zamawiający na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności, a nie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla przyszłego kontraktu. To właśnie ocena podmiotowa wykonawcy dokonywana w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (jej zakresu, wielkości zamówień, zdarzeń jakie występowały) ma stanowić podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Taka ocena nie jest tożsama z oceną prowadzoną na potrzeby przyszłego kontraktu, którego zakres wpływa na ustalenia ubezpieczyciela i gotowość objęcia ubezpieczeniem takiego przedsięwzięcia. W związku z tym skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę podziela wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż polisa kontraktowa co do zasady nie może być uznawana jako potwierdzająca spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przyjęcie takiej polisy mogłoby w skrajnych przypadkach prowadzić do tego, że wykonawca, który w ogóle normalnie nie prowadzi działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale zawarł umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pod przyszłe konkretne zamówienie, byłby zweryfikowany pozytywnie niezależnie od rzeczywistej oceny działalności

gospodarczej jaką prowadzi. Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej wystawiona przez PZU S.A. jest tzw. polisą kontraktową. Zgodnie z pkt 1. *Postanowień dodatkowych (pkt 8)*: „Z zastrzeżeniem postanowień OWU, umowa ubezpieczenia dotyczy realizacji kontraktu p.n. „Gdańskie Centrum Kontakt”, w ramach którego ma zostać stworzony system informatyczny wspierający działalność Gdańskiego Centrum Kontakt”. Natomiast w pkt 2. *Postanowień dodatkowych (pkt 8)* przewidziano *Klauzulę nr 24 Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody z tytułu świadczenia usług informatycznych (Klauzula IT)*. Rozszerzenie tej odpowiedzialności przewidziano jednak – zgodnie z punktem 2.1. – „za zapłatą dodatkowej składki ubezpieczeniowej”. Kwestia ta, gdyby nie całościowe uwzględnienie zarzutu nr 3, podlegałaby wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

#### **Zarzut nr 5 [naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp] – zarzut nie został uwzględniony.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się na stosowaniu względem Przystępującego PiriOS innych warunków udziału w Postępowaniu niż określone w SIWZ i stosowane względem pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego. W treści odwołania zarzut ten nie został jednak w żaden sposób uzasadniony. W szczególności Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie polegało zróżnicowane traktowanie Przystępującego PiriOS i innych wykonawców. Wprawdzie zarówno z treści odwołania, jak i z samej dokumentacji Postępowania wynika, w jaki sposób Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Przystępującego PiriOS, to jednak nie jest wiadomym w jaki sposób Zamawiający odniósł się w tym zakresie do faktu spełniania tych warunków przez innych wykonawców, w szczególności, że Postępowanie było prowadzone z zastosowaniem procedury z art. 24aa ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zarzut nr 5, jako w istocie nie nadający się do rozpoznania, nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....