

**WYROK**  
**z dnia 14 lutego 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Security sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Holding Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- 2) Hunters24 sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- 3) Green Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- 4) Blue Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- 5) Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,
- 6) Human Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 258/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Security sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Security sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Security sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Holding Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- 2) Hunters24 sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- 3) Green Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- 4) Blue Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- 5) Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,
- 6) Human Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne poniżej wartości progowej pn: „Świadczenie całodobowej ochrony fizycznej obiektów, terenu oraz osób zwiedzających w Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie” Nr ref. 14/2022/PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00511830 z dnia 20 grudnia 2022 r.

W dnia 24 stycznia 2023 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Security sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie dowiedział się o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- Lider- Holding Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- Partner 1- Hunters24 sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim,
- Partner 2- Green Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- Partner 3- Blue Hunters sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- Partner 4- Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,
- Partner 5- Human Hunters Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej jako „Przystępujący”, „Hunters” lub „konsorcjum Hunters”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 stycznia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty konsorcjum Hunters,
2. uznaniu, że konsorcjum Hunters wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej w odniesieniu do wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy konsorcjum Hunters, pomimo niespełnienia warunku udziału o którym mowa powyżej,

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty konsorcjum Hunters w sytuacji, gdy wykonawca pomimo uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale IX.1.2) lit c) dotyczącego wymaganego ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na

okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Hunters na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wskutek uznania, że Hunters złożonymi w postępowaniu podmiotowymi środkami dowodowymi nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (przy braku możliwości ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych),
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanego w Rozdziale IX.1.2) lit c) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ - Warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało wykazać, że:

1. wykonawca jest na dzień składania ofert w postępowaniu ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
2. powyższe ubezpieczenie obejmuje swym zakresem szkody w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dziełach sztuki,
3. suma gwarancyjna powyższego ubezpieczenia wynosi nie mniej niż 1 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia,
4. ubezpieczenie musi obejmować ochroną również podwykonawców,
5. ubezpieczenie musi być ważne i kontynuowane przez cały okres świadczenia usługi.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższy warunek szczególny ma bezpośredni związek z rodzajem prowadzonej przez Zamawiającego działalności a jego zakresu i wymagana minimalna suma ubezpieczenia stanowi istotne ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu – przy czym jest adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zauważył również, że w toku postępowania wykonawcy nie zgłaszali żadnych pytań ani wątpliwości związanych z brzmieniem przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, zaś po upływie terminu składania ofert treść warunku udziału nie podlega żadnej modyfikacji i jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania jak i Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył również, że zgodnie z SWZ – Rozdział XII.6.2), w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu na etapie poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej Zamawiający wymagał złożenia w charakterze podmiotowego środka dowodowego następującego dokumentu w postaci aktualnej opłaconej polisy ubezpieczeniowej, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w kwotę nie niższą niż 1 000 000, 00 zł.

W związku z tym podniósł, że dokument miał zatem być:

- aktualną,
- opłaconą,
- polisą ubezpieczeniową potwierdzającą, że Wykonawca jest ubezpieczony w powyższym zakresie na podaną sumę.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wezwał konsorcjum Hunters pismem z dnia 30 grudnia 2022r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w szczególności zgodnie z SWZ żądając złożenia wskazanego jak wyżej dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca Hunters przy piśmie z dnia 4 stycznia 2023r. przedstawił polisę OC wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe ERGO Hestia na okres od 01.11.2022 00:00 do 31.10.2023 23:59 i załączył także dowód opłacenia polisy NR 436000295733 rata 1 z dnia 11.10.2022r.

wymag  
planac!

Hunter:

w Rozdziale IX pkt. 1 ppkt. 2) lit c) tj. c) SWZ tj. sytuacji ekonomicznej lub finansowej – „Zamawiający uzna za spełniony warunek w tym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia **(obejmującą swym zakresem szkody w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dzieł sztuki itd.) na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych) na jedno i na wszystkie zdarzenia**”. Posiadana przez Wykonawcę OC **musi obejmować ochroną ubezpieczeniową również podwykonawców, którzy realizują przedmiot zamówienia. Polisa OC musi być ważna i kontynuowana przez cały okres świadczenia usługi., oraz przesłania potwierdzenia płatności drugiej skłaki polisy;**

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wykonawca Hunters przedstawił Aneks nr 4 do polisy OC , który – zdaniem Odwołującego - stanowi odrębną przyszłą polisę kontraktową dedykowaną wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, które dopiero miałyby w przyszłości realizować Hunters na rzecz Zamawiającego w przypadku wygrania przetargu.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że polisa jaką złożył Hunters w odpowiedzi na pierwotne wezwanie nie obejmowała zakresu koniecznego dla spełniania warunku udziału – jest to okoliczność bezsporna a ponadto Hunters nie kwestionował treści wezwania do uzupełnienia opłaconej polisy.

W dalszej kolejności Odwołujący doszukał się braku ubezpieczenie OC działalności gospodarczej – ubezpieczenia jednostkowego/przyszłego i niepewnego zamówienia (Ubezpieczenie pod warunkiem uzyskania zamówienia w aktualnym przetargu).

Odwołujący zaznaczył, że celem żądania przez Zamawiającego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest wyłącznie wykazanie przez wykonawcę, że znajduje się w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej, a polisa OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia nie jest i nie może być składana w celu zapewnienia ubezpieczenia wykonawcy w okresie realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazał również na całkowicie odmienny cel żądania dokumentu polisy OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej dla potrzeb kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w stosunku do ubezpieczenia związanego z okresem realizacji przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego - powyższe ma także związek z faktem, że określony jako warunek podmiotowy udziału wymóg ubezpieczenia OC ma związek z ubezpieczeniem prowadzonej działalności przedsiębiorcy i nie ogranicza się do przedmiotu konkretnego postępowania i zamówienia publicznego.

Argumentował, że to właśnie m.in. odróżnia zarówno cel żądania dokumentu jak również kwestię dokonanej przez ubezpieczyciela oceny ryzyka ubezpieczeniowego – jest ono nieporównywalnie niższe w przypadku jednostkowego zamówienia publicznego w stosunku do całej działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorcę.

W ocenie Odwołującego - warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w SWZ odnosi się właśnie do prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, a nie jednego/konkretnego w dodatku przyszłego i niepewnego zamówienia/umowy.

Podkreślił przy tym, że przedmiotem warunku było wykazanie się przez wykonawcę, już na dzień składania ofert, że jest ubezpieczony w zakresie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - przedmiotem warunku podmiotowego i jego weryfikacji w trakcie postępowania nie jest ubezpieczenie przedmiotu zamówienia w trakcie jego realizacji.

Przekonywał, że wymaganie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności musi być spełnione bezwarunkowo już na etapie złożenia ofert w postępowaniu, bowiem odnosi się do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy ta jest prowadzona w trakcie postępowania a nie po jego zakończeniu.

Złożony aneks do polisy OC sugeruje ubezpieczenie od 29.12.2022r., podczas gdy faktycznie polisa jaką złożył wykonawca Hunters weszłaby ewentualnie w życie i miałyby związek z ubezpieczeniem dopiero udzielonego w przyszłości zamówienia publicznego objętego aktualnym przetargiem.

W przekonaniu Odwołującego – w przypadku niezyskania zamówienia przez Hunters na „Świadczenie całodobowej ochrony fizycznej obiektów, terenu oraz osób zwiedzających w Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie" Nr ref. 14/2022/PZP, Aneks nr 4 do polisy nie wszedłby w ogóle w życie a wykonawca pozostawałby nieubezpieczony w zakresie wymaganego warunku.

Podkreślił, że na dzień składania ofert w postępowaniu Hunters nie był ubezpieczony w zakresie OC prowadzonej działalności gospodarczej w koniecznym dla wykazania warunku udziału zakresie.

Odwołujący w swoim odwołaniu powołał się na brak ubezpieczenia OC koniecznego dla wykazania spełnienia warunku udziału na dzień upływu terminu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego - spełnienie warunku udziału w postępowaniu należy wykazać najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert w postępowaniu a nie później w szczególności na dzień udzielenia zamówienia – zawarcia umowy.

Wskazał, że w przypadku wykonawcy Hunters – w dacie składania ofert nie istniał przedmiot ubezpieczenia, o którym mowa w treści Aneksu nr 4, a zatem ten nie wykazał i nie mógł za pomocą tego aneksu wykazać skutecznie spełniania warunku udziału w postępowaniu od terminu składania ofert.

Skoro ubezpieczenie jest uzależnione od zawarcia przez ubezpieczonego umowy objętej przetargiem, to jest oczywistym, że nie może obejmować czasu trwania postępowania.

Przekonywał, że warunek udziału wskazuje jednoznacznie – wykonawca na dzień składania ofert w postępowaniu musi być ubezpieczony nie zaś ma być ubezpieczony w zależności od wygrania przetargu i zawarcia umowy z Zamawiającym.

Oświadczył, że w przeciwieństwie do Hunters posiada on wymagane ubezpieczenie OC w wymaganym zakresie i sumie ubezpieczenia i spełnia warunek przez cały czas trwania postępowania.

Według Odwołującego - błędne jest stanowisko Zamawiającego, który w treści uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Hunters z dnia 24.01.br. wskazuje:

Na wymaganie Zamawiającego składał się kumulatywnie stricte warunek udziału w postępowaniu jak i warunek zamówienia sensu largo, obejmujący również ubezpieczenie na etapie realizacji usługi przez wyłonionego Wykonawcę.

Zwrócił uwagę, że warunek podmiotowy dotyczący ubezpieczenia OC był określony przede wszystkim na potrzeby weryfikacji czy wykonawcy na etapie ubiegania się o zamówienie warunek ubezpieczenia działalności spełnia. To że Zamawiający wymaga kontynuacji tego ubezpieczenia w trakcie realizacji zamówienia pozostaje dla kwestii spełniania warunku udziału bez jakiegokolwiek znaczenia.



Zaznaczył przy tym, że w trakcie postępowania o zamówienie publiczne i przez cały czas jego trwania począwszy od terminu składania ofert w postępowaniu wykonawca jest zobligowany spełniać warunek kwalifikacji podmiotowej.

Zdaniem Odwołującego - za niedozwolone uznać należy spełnianie wymogu kwalifikacji podmiotowej z zastrzeżeniem warunku (zdarzenie przyszłe i niepewne w postaci zawarcia umowy z Zamawiającym), a tymczasem w taki właśnie sposób Hunters usiłuje spełnić warunek udziału.

Podniósł, że Zamawiający powyższe wprost przyznaje w uzasadnieniu wyboru oferty Hunters wskazując:

Dodatkowo wykonawca aneksem z dnia 28.12.2022 r. (termin składania ofert: 29.12.2022 r.) dobezpieczył działalność pod kontrakt „Świadczenie całodobowej ochrony fizycznej obiektów, terenu oraz osób zwiedzających (...)”, gdzie zakres ubezpieczenia rozszerzono specyficznie o szkody w dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dziełach sztuki z sublimitem 1.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Aneks nr 4 potwierdza wprost, że skoro warunkiem wejścia w życie polisy i jej ochrony jest uzyskanie aktualnego zamówienia to na dzień złożenia ofert w postępowaniu wykonawca nie posiada w tym zakresie koniecznej ochrony ubezpieczeniowej. Powyższe jest skutkiem powiązania ochrony ubezpieczeniowej z zawarciem z Zamawiającym umowy.

Odwołujący w swoim odwołaniu podważał również zakres ochrony ubezpieczeniowej OC działalności Hunters jako niezgodny z warunkiem udziału.

Podniósł, że bezspornie warunek udziału o którym mowa w SWZ Rozdział IX.1.2) lit c) wymaga od wykonawcy nie ogólnego ubezpieczenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia ale dodatkowo aby zakres tego ubezpieczenia obejmował swoim zakresem szkody w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dzieł sztuki itd.)

Argumentował przy tym, że polisa podstawowa Hunters nie obejmuje powyższego szczególnego zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Według Odwołującego - był tego świadom także Hunters skoro w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia polisy złożył Aneks nr 4 który miał właśnie rozszerzyć podstawową polisę o dodatkowy i specyficzny ale także kosztowny zakres ubezpieczenia.

Tymczasem Zamawiający w uzasadnieniu wyboru Hunters z dnia 24.01.br. odnośnie zakresu wymaganego ubezpieczenia OC stwierdza, że w zasadzie za wystarczające można uznać podstawowe ubezpieczenie Hunters z Polisy bez aneksu nr 4 bowiem :

Wszyscy członkowie Konsorcjum w zakresie PKD mają wskazany kod: PKD 80.10.Z - Działalność ochroniarska, z wyłączeniem obsługi systemów bezpieczeństwa.

Podklasa PKD 80.10.Z obejmuje wykonywanie jednej lub kilku z poniższych działalności ochroniarskich, to jest: działalności w zakresie ochrony i patrolowania, działalności ochroniarskiej związanej z transportem pieniędzy, papierów wartościowych lub innych wartościowych rzeczy. Podklasa PKD 80.10.Z obejmuje: działalność ochroniarską w zakresie przewozów samochodami opancerzonymi, działalność usługową w zakresie ochrony osobistej, działalność usługową w zakresie wykrywania kłamstw,

działalność usługową związaną z pobieraniem i identyfikacją odcisków palców, pozostałą działalność ochroniarską z wyłączeniem obsługi systemów bezpieczeństwa. Zakres PKD wykonawców pokrywa się więc zarówno z przedmiotem zamówienia jak i z zakresem ubezpieczenia wskazanym w polisie.

Z przedłożonej polisy wynika, że ubezpieczenie Wykonawcy dotyczy ochrony osób i mienia, a zakres ochrony został dodatkowo rozszerzony o Klauzulę 005B tj. odpowiedzialność cywilną za szkody o wartościach pieniężnych.

Nie ulega - w ocenie Odwołującego - wątpliwości, że polisa podstawowa Hunters nie spełnia warunku udziału jaki określił Zamawiający i konieczne było rozszerzenie zakresu ubezpieczenia OC działalności gospodarczej, co wynika klauzuli szkód w działach sztuki zawartej w aneksie nr 4.

W związku z tym zaznaczył, że ubezpieczenie rozszerzone OC działalności dla potrzeb wykazania spełniania warunku nie mogło dotyczyć przyszłego konkretnego zamówienia.

Zaznaczył, że Zamawiający w uzasadnieniu wyboru wskazuje, odwołując się do orzecznictwa KIO, że: „Należy podkreślić, że w świetle orzecznictwa KIO przedmiot ubezpieczonej działalności nie musi być identyczny, jak przedmiot zamówienia”.

Wyjaśnił, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z warunkiem szczegółowym dotyczących ochrony zbiorów, który wprost wymaga od wykonawcy legitymowania się aktualnym na dzień złożenia ofert ubezpieczeniem obejmującym wprost wskazane w SWZ specyficznie szkody w dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych,

filatelistycznych, numizmatycznych, dziełach sztuki z sublimitem 1.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Argumentacja Zamawiającego byłaby zasadna wyłącznie w sytuacji gdyby w SWZ nie określono szczególnego zakresu wymaganej dla OC ochrony ubezpieczeniowej i wtedy faktycznie Polisa podstawowa Hunters spełniałaby taki ogólny warunek ubezpieczenia OC działalności ochroniarskiej.

Zdaniem Odwołującego - prawidłowe „doubezpieczenie” Hunters winno zarówno: obejmować rozszerzony zakres ochrony ubezpieczeniowej (pokrywając szczególny warunek udziału) i być na dzień składania ofert ważnym ubezpieczeniem – ważnym tj. funkcjonującym i z aktywną ochroną ubezpieczeniową („jest” a nie „będzie” ubezpieczony) nie zaś zależną od zawarcia umowy z Zamawiającym i opłacenia w przyszłości składki.

Pokazał, że zgodnie z warunkiem: Zamawiający uzna za spełniony warunek w tym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (...) Polisa OC musi być ważna i kontynuowana przez cały okres świadczenia usługi (...) aktualna opłacona polisa ubezpieczeniowa, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

W dalszej kolejności Odwołujący wykazywał niekompletność polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Hunters podnosząc dodatkowo, że jak wynika z treści aneksu do polisy Hunters ma to być już czwarty Aneks do polisy, tymczasem wykonawca Hunters nie przedstawił Zamawiającemu Aneksów nr 1, 2, 3 – nie jest wiadomym w jaki sposób zmodyfikowały one polisę, jej zakres i odpowiedzialność ubezpieczyciela, a sama w ten sposób złożona polisa OC jest niekompletna i uniemożliwia ocenę spełniania warunku. Nieprzekazane aneksy mogły wprowadzić do treści polisy klauzule, które są niezgodne z wymaganiami SWZ bądź ograniczają zakres ubezpieczenia w stosunku do warunku.

Odwołujący wskazał również, że składka za polisę Hunters uległa podwyższeniu, co potwierdza fragment Aneksu nr 4: kwota zwiększenia składki: 5 000, 00 zł

Zwrócił uwagę, że pierwotnie łączna składka wynosiła 280 000,00 zł, zaś przed wystawieniem aneksu nr 4 wynosiła już 283 500,00 zł. Zatem niewątpliwie Aneksy nr 1, 2, 3 – które nie zostały Zamawiającemu przekazane – wprowadziły modyfikacje do treści polisy. Niewykluczone, że zmianie uległa wysokość składki za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, lecz na podstawie przekazanych dokumentów Zamawiający nie był w stanie tego

ocenić, a w konsekwencji dokonać prawidłowej oceny pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Hunters.

Z uwagi na zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, niemożliwe jest obecnie uzupełnienie brakujących aneksów ani dowodów ich opłacenia.

Zarzucił również, że nie uwzględniono w zakresie Aneksu nr 4 ubezpieczenia podwykonawców, podczas gdy zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu obowiązkiem wykonawców było wykazanie, że spełniają warunek w zakresie ubezpieczenia OC działalności także w zakresie ochrony ubezpieczeniowej podwykonawców – w szczególności w zakresie wyszczególnionym w warunku udziału: podwykonawców, którzy realizują przedmiot zamówienia. Polisa OC musi być ważna

Według Odwołującego - aneks nr 4 nie obejmuje przyszłą ochroną podwykonawców, co potwierdza niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził również, że przedmiotowa polisa OC była nieopłacona, a zgodnie z SWZ Zamawiający w celu udowodnienia spełniania warunku udziału w zakresie ubezpieczenia OC wymagał od wykonawcy złożenia w charakterze podmiotowego środka dowodowego aktualnej opłaconej polisy OC.

Przyznał, że polisa podstawowa została przez wykonawcę Hunters złożona wraz z dowodem opłacenia wymaganej na dzień składania ofert 1 raty składki.

W przypadku Aneksu nr 4 nie doszło na dzień złożenia ofert w postępowaniu do opłacania składki – termin zapłaty określono na dzień 23.01.2023r., tymczasem Zamawiający w treści uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do opłacenia polisy wskazuje:

Niemniej jednak, niezależnie od powyższych rozważań, Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego przestawiło dowód opłaty w dniu 11.10.2022 r. składki w wysokości 40.000 zł, za ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności (Polisa nr 436000295733, symbol w polisie: M34 - 43), z powyższego więc wynika, iż Wykonawca w terminie składania ofert jest skutecznie objęty ochroną ubezpieczeniową i spełnia warunek udziału w postępowaniu

Przedmiotem sporu nie jest kwestia opłacenia polisy podstawowej bowiem ta nie obejmuje zakresu ubezpieczenia koniecznego dla spełnienia warunku udziału - objęcie

zakresem polisy szkód w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dzieł sztuki itd.)

W przekonaniu Odwołującego - fakt opłacenia podstawowej Polisy nr 436000295733 w dniu 11.10.2022r., pozostaje zatem bez związku z istotą sprawy – polisa ta bowiem bez uwzględnienia Aneksu nr 4 (według treści dokumenty zawarty dopiero 28.12.2022r.) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Wywodził, że Zamawiający w uzasadnieniu wyboru oferty Hunters pomija okoliczność, że Polisa z dnia 11.10.2022r. nie obejmowała zasadniczego z punktu widzenia spełnienia warunku udziału zakresu wymaganej ochrony ubezpieczeniowej:

W oparciu o przywołane powyżej przepisy uznaje się, że znajdowanie się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia realizowane jest w drodze uzyskania przez wykonawcę ubezpieczenia OC. Istota tego stanu sprowadza się więc w tym wypadku do udzielenia wykonawcy ochrony ubezpieczeniowej, tj. uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

W świetle powyższego polisa (Aneks nr 4) konieczny dla celu spełnienia warunku udziału nie została opłacona, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

w odniesieniu do Aneksu nr 4 pominięto informacje na temat jej opłacenia i nie załączono jakiegokolwiek dowodu opłacenia, bowiem skoro polisa jest „pod kontrakt” którego nie ma to ani nie opłacono składki ani ochrona ubezpieczeniowa nie jest aktywna.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, okoliczności faktyczne sprawy potwierdzają, że wykonawca konsorcjum Hunters nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu co obliguje do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, polisy nr 436000295733 z dnia 11 października 2022 r. i aneksu do tej polisy z dnia 28 grudnia 2022 r., wezwania Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2023 r. skierowanego do Przystępującego do złożenia wyjaśnień i dokumentu, odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 17

stycznia 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 lutego 2023 r., również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b oraz art.239 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał podstawę prawną i faktyczną do odrzucenia oferty Przystępującego, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania.

Bezsporną jest okoliczność, że Zamawiający na gruncie Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej SWZ ustanowił w ust.1 pkt 2 lit. c rozdziału IX SWZ (Warunku udziału w postępowaniu), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej - Zamawiający uzna za spełniony warunek w tym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (obejmującą swym zakresem szkody w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dzieł sztuki itd.) na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych) na jedno i na wszystkie zdarzenia. Posiadana przez Wykonawcę OC musi obejmować ochroną ubezpieczeniową również podwykonawców, którzy realizują przedmiot zamówienia. Polisa OC musi być ważna i kontynuowana przez cały okres świadczenia usługi.

Według zapatrywania Izby - przedłożona na żądanie Zamawiającego polisa uzyskana przez Przystępującego 11 października 2022 r. wraz z aneksem nr 4 z dnia 28 grudnia 2022 r. spełniają wymagania określone w SWZ, bowiem dokumenty te wystawione były przed terminem składania ofert – 29 grudnia 2022r., a zatem były i są aktualne. Wykonawca

również przedłożył dowód uregulowania przed powyższym terminem raty składki w wysokości 40 000 zł, co potwierdza fakt jej opłacenia.

Zdaniem Izby - treść przedmiotowej polisy odpowiada zakresowi wykonywanej działalności Przystępującego, która obejmuje kompleksowe usługi ochraniarskie, a tym samym treść tej polisy wskazuje na związek tej działalności z przedmiotem zamówienia. Przy czym związek zakresu ochrony ubezpieczeniowej wynikający z aneksu doubezpieczenia z przedmiotem zamówienia ( obejmującym w swym zakresie szkody w wartościach pieniężnych, dokumentach, planach, zbiorach archiwalnych, filatelistycznych, numizmatycznych, dzieł sztuki itd.) ma charakter ewidentny, co potwierdza treść samego aneksu.

Przedłożona przez Przystępującego polisa była na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000,00 zł, w omawianym przypadku na kwotę dziesięciokrotnie wyższą to jest na 10 000 000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki. Polisa ta również zawiera w pkt 9 na stronie 5 klauzulę pokrycia między innymi szkód wyrządzonych przez podwykonawców osób objętych ubezpieczeniem.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że dodanie w aneksie postanowienia doubezpieczenia pod to zamówienie niweczy ważność umowy ubezpieczenia pomiędzy Przystępującym a ubezpieczycielem i powoduje niespełnienie warunku.

W przekonaniu Izby - Przystępujący ma zdolność do zaciągania zobowiązań z zakresu ochrony ubezpieczeniowej w granicach spornego warunku udziału w postępowaniu, a także w ramach referencyjnej wartości i przedmiotu zakresu tej ochrony.

W rezultacie Zamawiający nie miał podstawy prawnej do skorzystania z przepisu art.226 ust.1 pkt 2 lit.b ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała również za nieadekwatny i nie potwierdzony w rozpoznawanej sprawie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.239 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego to przepis Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**