

Bydgoszcz, dnia 18 listopada 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający: Stawy Milickie Spółka Akcyjna
Ruda Sułowska 20, 56-300 Milicz
e-mail: biuro@stawymilickie.pl,
KRS 0000378062
tel. 608 313 865

Odwołujący: Melbud Spółka Akcyjna
ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz
nr KRS: 0000308799
nr NIP: NIP 876-020-51-89
tel. 056 46 400 94, e-mail: sekretariat@melbud.pl

reprezentowana przez pełnomocników:

radcę prawnego Ewę Rostkowską
radcę prawnego Michała Langnera

adres do doręczeń:

BCh Legal Belter Wspólnicy Sp.k.
ul. Obrońców Bydgoszczy 10/3, 85-054 Bydgoszcz

adres poczty elektronicznej:

ewa.rostkowska@bchlegal.pl; michal.langner@bchlegal.pl

telefon: 660 204 029

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024r., poz. 1320) pn.: „**Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23 ” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni**”; Numer postępowania: PN-09/2024 (dalej także jako “**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych numer: 2024/BZP 00556004/01 z dnia 2024-10-21

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Melbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu (dalej jako: "Odwołujący") zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: "Pzp", wnosimy do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu w odniesieniu do zadania 1, zadania 2 i zadania 3:

1. odrzucenia oferty Melbud Spółka Akcyjna na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp pomimo faktu, że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania ww. przepisów,
2. unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp w zakresie zadania 3 pomimo faktu, że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania ww. przepisu,
3. wyboru oferty wykonawcy Zakład Handlowo- Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI 66-300 Bobowicko, Kasztanowa 13, NIP 5961251964, jako najkorzystniejszej dla zadania 1 i zadania 2 mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą,
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3,
5. prowadzenia Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiającemu zarzucamy naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu,
3. art. 255 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie Postępowania w zakresie zadania 3, mimo że oferta Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona, mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia,
4. art. 239 Pzp poprzez nieprawidłowe zastosowanie w zakresie zadania 1 i 2 i wybór oferty wykonawcy Zakład Handlowo- Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp wnosimy o uwzględnienie niniejszego odwołania i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Melbud Spółka Akcyjna na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Zakład Handlowo- Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI jako najkorzystniejszej na zadanie 1 i zadanie 2,
3. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania w zakresie zadania 3,
4. dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty Melbud Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3.

Ponadto, Odwołujący wnosi o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Termin na wniesienie odwołania:

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Melbud Spółka Akcyjna na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3 w dniu 12.11.2024 r. a także unieważnienia Postępowania w zakresie zadania 3 i przekazał powyższą informację wykonawcom w tym samym dniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący stosownie do treści art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, wnosi odwołanie w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynność stanowiącej podstawę niniejszego odwołania.

Interes Odwołującego w rozumieniu art. 505 Pzp:

Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 Pzp, który to przepis jako warunek sine qua non skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazuje łącznie dwie przesłanki: interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę wynikłą z naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp rozumie się możliwość uzyskania takiego zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza tym samym stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami

zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Podkreślić należy, że zarówno w doktrynie prawniczej, jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest zatem chociażby potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1389/11).

Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ jego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania będzie ofertą najkorzystniejszą na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3. W przypadku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania zgodnie z przepisami Pzp oraz kryteriami określonymi w dokumentach zamówienia, oferta Odwołującego zostałaby wybrana w toku Postępowania jako najkorzystniejsza i to właśnie z Odwołującym Zamawiający zawarłby umowę o zamówienie publiczne.

Spełniona w niniejszej sprawie jest także druga przesłanka, o której mowa w treści art. 505 ust. 1 Pzp tj. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Na skutek odrzucenia oferty Melbud Spółka Akcyjna na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3. Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania określonego zysku w następstwie uniemożliwienia wyboru jej oferty w Postępowaniu.

UZASADNIENIE

Istota niniejszego odwołania sprowadza się do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp odrzucając ofertę Melbud Spółka Akcyjna na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 3 oraz wybierając ofertę wykonawcy Zakład Handlowo- Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI jako najkorzystniejszą na zadanie 1 i zadanie 2 oraz unieważniając Postępowanie w zakresie zadania 3. W rezultacie zarzuty odwołania powinny zostać w całości uwzględnione, co Odwołujący uzasadnia poniżej:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie zadania 1, 2 i 3

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego złożoną na zadanie 1, 2 i 3 w Postępowaniu na podstawie m.in. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał: *„W prowadzonym postępowaniu Wykonawca MELBUD S.A., Ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz złożył ofertę, która nie zawierała dokumentów wymaganych w pkt. 4.13 SWZ*

Wykonawca zobowiązany jest do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej od kwoty nie niższej niż: a) dla zadania 1 – 3 000 000 zł b) dla zadania 2 – 3 000 000 zł c) dla zadania 3 – 3 000 000 zł d) dla zadania 4 – 3 000 000 zł Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie, należy posiadać ubezpieczenie pokrywające wartość wszystkich zadań na jakie złożona jest oferta Wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się przedłużyć ważność polisy OC do czasu zakończenia zamówienia. Obowiązek zawarcia ubezpieczenia będzie uważany za spełniony w przypadku, gdy Wykonawca przekaze Zamawiającemu kopię polisy potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez uprawnioną osobę wraz z **dowodem opłacenia składki.**”

Po wezwaniu do uzupełnienia Wykonawca dostał dowody, z których wynika, że na dzień składania ofert nie miał opłaconej składki OC, tym samym nie spełniał warunków udziału w postępowaniu”

Podkreślenia wymaga, że powołany przez Zamawiającego punkt 4.13 znajduje się w punkcie 4 SWZ zatytułowanym: „4. Opis przedmiotu zamówienia:”. Punkt 4.13 SWZ w całości brzmi następująco:

„4.13. Wykonawca zobowiązany jest do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej od kwoty nie niższej niż:

- a) dla zadania 1 – 3 000 000 zł
- b) dla zadania 2 – 3 000 000 zł
- c) dla zadania 3 – 3 000 000 zł
- d) dla zadania 4 – 3 000 000 zł

Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie, należy posiadać ubezpieczenie pokrywające wartość wszystkich zadań na jakie złożona jest oferta Wykonawcy.

Wykonawca zobowiązuje się przedłużyć ważność polisy OC do czasu zakończenia zamówienia. **Obowiązek zawarcia ubezpieczenia będzie uważany za spełniony w przypadku, gdy Wykonawca przekaze Zamawiającemu kopię polisy potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez uprawnioną osobę wraz z dowodem opłacenia składki.**”

Cytowany pkt 4.13 SWZ nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu, które to warunki zostały określone w pkt 7 SWZ, a dotyczy przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Punkt 4.13 SWZ dotyczy zatem realizacji umowy w sprawie zamówienia a nie etapu Postępowania. Zamawiający w Ogłoszeniu o wyniku postępowania z dnia 12.11.2024 r. zdaje się mylić ubezpieczenie, które może być wymagane w toku realizacji zamówienia z ubezpieczeniem, które ma służyć potwierdzeniu sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców w toku Postępowania.

Należy także zauważyć, że w pkt 4.13 SWZ ani w żadnym innym postanowieniu SWZ Zamawiający nie wskazał w jakim terminie „Wykonawca przekaże Zamawiającemu kopię polisy potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez uprawnioną osobę wraz z dowodem opłacenia składki”, w szczególności nie podał, że dowód zapłaty składki ubezpieczeniowej należy złożyć wraz z ofertą. Co więcej w wykazie podmiotowych środków dowodowych jakich Zamawiający żądał zgodnie z pkt 8 SWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie ma mowy ani o polisie ubezpieczeniowej ani tym bardziej o dowodzie opłacenia składki. Podobnie w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców powyższych dokumentów jako podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 273 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający **może** żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

- 1) braku podstaw wykluczenia;
- 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Według art. 274 ust. 1 i 2 Pzp:

1. *Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, **jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia**, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*
2. *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacjom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, **jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia**, aktualnych na dzień ich złożenia.*

Zamawiający, w trybie w jakim prowadzone jest Postępowanie, nie miał obowiązku wymagać złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli jednak zamierzał weryfikować spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie odpowiednich dokumentów podmiotowych, powinien był je wymienić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Tymczasem brak jest informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia jakoby Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej.

Jedynie z wyjaśnień nr 3 do SWZ z dnia 28.10.2024 r., w których Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 13 „Jakie załączniki i dokumenty należy złożyć wraz z ofertą?” wynika, że wraz z ofertą należało złożyć:

„Kosztorys ofertowy

Załącznik nr 9 - Wykaz osób

załącznik nr 5 - wizja lokalna

załącznik nr 8 wykaz wykonanych robót

Załącznik nr 6 do SWZ Oświadczenie grupa kapitałowa

Załącznik nr 12 do SWZ - oświadczenie Rosja_Ukraina

Polisę OC”.

Jest to jedyna wzmianka o konieczności złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC w Postępowaniu, przy czym Zamawiający wskazał wyłącznie polisę OC bez żądania dowodu jej opłacenia. Publikując kolejne teksty jednolite SWZ wraz z późniejszymi wyjaśnieniami treści SWZ, Zamawiający nadal pomijał wymóg złożenia polisy OC.

Przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający określa warunki zamówienia oraz wskazuje jakie środki dowodowe (przedmiotowe i podmiotowe) musi złożyć Wykonawca. Specyfikacja warunków zamówienia jest wiążąca dla uczestników postępowania tj. zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców. Jak stanowi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej „Dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być przez Zamawiającego oceniane w tymże postępowaniu, więcej – na podstawie takich dokumentów nie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. (...) Wyjście poza zakres dokumentów i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ zawsze musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianom. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia i dokumenty.” (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 22/23, tak też: Wyrok KIO z 13.01.2023 r., KIO 3534/22, LEX nr 3509651).

Odwołujący zastosował się do wyjaśnień nr 3 do SWZ i złożył wraz ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 620-24-430-05968544 wystawioną przez TUIR Allianz Polska S.A. potwierdzającą, że w dniu złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości wymaganej dla zadania 1, 2, 3 i 4. Jednocześnie, mimo braku takiego obowiązku, Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przekazał Zamawiającemu dowód opłacenia składki ubezpieczeniowej. Ze złożonych przez Odwołującego dokumentów jednoznacznie wynika, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 7.6.lit. c SWZ, co zostało uzasadnione w dalszej części niniejszego odwołania.

Dowód:

Dokumenty zamówienia (w szczególności SWZ, ogłoszenie o zamówieniu, wyjaśnienia nr 3 do SWZ), polisa OC nr 620-24-430-05968544 złożona przez Odwołującego wraz z ofertą, dowód opłacenia składki ubezpieczeniowej przekazany przez Odwołującego – w dokumentacji Postępowania

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że wobec oferty Odwołującego nie została spełniona przesłanka odrzucenia w postaci niezgodności oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, a zatem czynność ta powinna zostać unieważniona. W rezultacie unieważnienia czynności odrzucenia oferty, oferta Odwołującego stanie się najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zakresie zadania 1, 2 i 3

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego dla zadań 1-3 powołując się także na podstawę prawną w postaci art. 226 ust. 1 p. 2 lit b) Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że Zamawiający upatruje niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w fakcie braku zapłaty składki ubezpieczenia OC w dniu przypadającym na dzień złożenie oferty.

Dowód:

Ogłoszenie o wyniku postępowania z 12.11.2024 r. – w dokumentacji Postępowania

Zgodnie z treścią SWZ w przedmiotowym postępowaniu (p. 7.6) Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej w ten sposób, że:

„Wykonawca **wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej** w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż:

- a) dla zadania 1 – 3 000 000 zł
- b) dla zadania 2 – 3 000 000 zł
- c) dla zadania 3 – 3 000 000 zł
- d) dla zadania 4 – 3 000 000 zł

Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie, należy posiadać ubezpieczenie pokrywające wartość wszystkich zadań na jakie złożona jest oferta Wykonawcy.”

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu **04.11.2024** r do godz. 11:00

Zamawiający, jak to już zostało wskazane w uzasadnieniu ad. 1 sformułował obowiązek przedłożenia dowodu opłacenia polisy OC wyłącznie w części 4.13 SWZ, a więc w części specyfikacji poświęconej opisowi przedmiotu zamówienia. W części dotyczącej warunku udziału w postępowaniu (7.6) brak jest żądania przedłożenia dowodu zapłaty – Zamawiający wymaga wykazania faktu ubezpieczenia.

Dowód:

*Specyfikacja warunków zamówienia do przedmiotowego zamówienia z 21.10.2024 r.
– w dokumentacji Postępowania*

Wykonawca przedłożył wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej „NR 620-24-430-05968544 wznowienie polisy nr: 430-05963361 CF/2024/27372/OC”, wystawioną przez TUIR Allianz Polska SA w Warszawie.

Polisa przewiduje okres ubezpieczenia: **24.10.2024** – 23.10.2025. Co do terminu płatności polisa przewiduje zapłatę składki w dwóch ratach:

I rata 40 250 PLN płatna do dnia **06.11.2024** r.

II rata 40 250 PLN płatna do dnia **06.05.2025** r.

Dowód:

Polisa OC nr 620-24-430-05968544 – w dokumentacji Postępowania

W dniu 7.11.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia „przedmiotowych środków dowodowych w postaci: Dowodów opłacenia składki ubezpieczenia OC”.

Dowód:

Wezwanie z 07.11.2024 r. – w dokumentacji Postępowania

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 08.11.2024 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu potwierdzenie zapłaty raty składki uiszczonej w dniu 06.11.2024 r. zgodnie z warunkami polisy nr 620-24-430-05968544.

Dowód:

Potwierdzenie zapłaty z 06.11.2024 r. – w dokumentacji Postępowania

Istotnie zatem na dzień składania ofert - 4.11.2024 r. - Odwołujący nie dysponował polisą, co do której przedłożyłby dowód zapłaty składki. Błędna jest natomiast konstatacja Zamawiającego, że brak takiego dowodu zapłaty równoznaczny jest z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Warunkiem tym, sprecyzowanym w p. 7.6 SWZ w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców miało być „posiadanie ubezpieczenia”, a więc skuteczne objęcie ochroną ubezpieczeniową okresu przynajmniej od dnia złożenia oferty. Ochrona taka Odwołującemu niewątpliwie przysługiwała o czym wprost świadczy treść polisy przedłożonej przez Odwołującego. Polisa ta wskazuje na okres ubezpieczenia 24.10.2024 – 23.10.2025 i jednocześnie daty płatności składki w ratach, z których pierwsza przypada na dzień 6.11.2024 r.

Zgodnie z art. 814 §1 k.c.: *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.*

Ustawodawca wskazuje zatem na dwie możliwości rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej – termin związany z opłaceniem składki lub zmodyfikowany i właśnie z tym ostatnim mamy do czynienia w przypadku polisy przedłożonej przez Wykonawcę, co dodatkowo potwierdza treść ogólnych warunków polisy.

Zgodnie z §7 ust. 2 i 3 Ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzonych uchwałą Zarządu TUIR Allianz Polska S.A. nr 52/2024:

„2. Odpowiedzialność Allianz rozpoczyna się od dnia oznaczonego w dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż dnia następującego po zawarciu umowy i nie wcześniej niż dnia następnego po opłaceniu składki lub jej pierwszej raty, chyba że został indywidualnie wyznaczony inny termin płatności składki.

3. Jeżeli Allianz wyraził, w formie pisemnej, zgodę na rozpoczęcie ochrony ubezpieczeniowej przed zapłaceniem składki bądź pierwszej raty składki (płatność odroczone), to ochrona ubezpieczeniowa rozpoczyna się od daty wskazanej w dokumencie ubezpieczenia.”

Jeśli istniałyby w tym względzie jakiegokolwiek wątpliwości to usuwa je zaświadczenie, które w niniejszej sprawie wydała TUiR Allianz Polska S.A. potwierdzające istnienie ochrony ubezpieczeniowej od 24.10.2024 r., niezależnie od późniejszych terminów płatności składek.

Z powyższego wynika, że:

- w chwili składania oferty Wykonawca był i jest nadal ubezpieczony w zakresie odpowiedzialności cywilnej;
- Wykonawca wykazał powyższy fakt ubezpieczenia stosownie do sformułowanego przez Zamawiającego w p. 7.6 SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Dowód:

Ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzonych uchwałą Zarządu TUiR Allianz Polska S.A.; zaświadczenie TUiR Allianz Polska S.A. z dnia 13.11.2024 r.

W świetle powyższego uzasadnienia, stanowisko Zamawiającego co do konieczności wykazania opłacenia składki OC na dzień złożenia oferty jest nieuzasadnione, co potwierdzają liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów.

W sprawie KIO 99/12 Izba uznała, że posiadanie „opłaconej polisy” oznacza wyłącznie terminowe opłacenie składek zgodnie z umową, a nie zapłatę wszystkich rat przed terminem składania ofert. Wystarczające jest posiadanie polisy, od której zapłacono choćby jedną ratę, co skutkuje rozpoczęciem odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Podobne stanowisko przyjęto w wyrokach KIO 1676/12 i KIO 1867/16, gdzie Izba stwierdziła, że warunek udziału w postępowaniu zostaje spełniony poprzez wykazanie ważności polisy OC na dzień składania ofert, nawet jeśli termin płatności składki został odroczone.

Dodatkowo, w orzeczeniu KIO 1940/13 Izba podkreśliła, że zamawiający nie może wymagać opłacenia składki jako warunku udziału, gdyż kluczowe jest jedynie posiadanie ważnego ubezpieczenia.

W wyroku z 30 sierpnia 2012 r., w sprawie o sygn. akt. XIX Ga 460/12 Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, że nie dość jasne pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis art. 814 §1 k.c. ma charakter dyspozytywny w umowie

ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także i przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym - w określonych umownie ratach. W rezultacie spełnienie wymogu wynikającego z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy tłumaczyć w powiązaniu o treść art. 814 § 1 k.c. tj. czy zawarcie umowy ubezpieczenia powoduje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, czy też koniecznym do tego jest opłacenie składki. Jeśli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże, że opłacił składkę ubezpieczeniową, względnie, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed opłaceniem składki, to należy przyjąć, że oba przypadki mają zatem jednakowe znaczenie dla wykazania wymogów z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia. W obu bowiem przypadkach ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność wynikającą z umowy ubezpieczenia, a jedynie to ma znaczenie z punktu widzenia wymogów tego przepisu

Aktualność powyższego poglądu potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych z 10.04.2024r. pt. „Opłacenie polisy ubezpieczeniowej w kontekście oceny posiadania przez wykonawcę zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia” (źródło: <https://www.gov.pl/web/uzp/oplacenie-polisy-ubezpieczeniowej-w-kontekscie-oceny-posiadania-przez-wykonawce-zdolnosci-ekonomicznej-lub-finansowej-niezbednej-do-realizacji-zamowienia>), która wprost wskazuje, że wymóg posiadania ubezpieczenia OC może być spełniony, nawet jeśli płatność składki została odroczone, pod warunkiem że polisa zapewnia ochronę ubezpieczeniową od dnia określonego w dokumencie.

3. Zarzut naruszenia art. 255 ust. 3 Pzp w zakresie zadania 3

Zgodnie z art. 255 ust. 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Kwota, którą Zamawiający ogłosił przed otwarciem ofert jako kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi dla zadania 3 „Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki- Jamnik Dolny”: 2 908 555,57 zł netto; 3 577 523,35 zł brutto. Natomiast oferta Odwołującego na zadanie 3 wynosiła netto 1 431 490,98 zł, brutto: 1 760

733,91 zł. Ponieważ oferta Odwołującego na zadanie 3 została przez Zamawiającego niezasadnie odrzucona i czynność ta powinna zostać unieważniona, Zamawiający nie miał podstaw, aby unieważnić Postępowanie w zakresie zadania 3, gdyż oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego ogłoszonym przed otwarciem ofert. W rezultacie Zamawiający powinien był dokonać wyboru oferty Odwołującego na zadanie 3 jako najkorzystniejszej.

Dowód:

Informacja na podstawie art. 221 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych z dnia 04.11.2024 r., oferta Odwołującego – w dokumentacji Postępowania

4. Zarzut naruszenia art. 239 Pzp w zakresie zadania 1 i 2

Jak stanowi art. 239 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający w Postępowaniu zastosował 2 kryteria oceny ofert: kryterium oceny o wadze 70% oraz kryterium skrócenie terminu wykonania robót budowlanych w stosunku do terminu wynikającego z SWZ o wadze 30%. Zarówno Odwołujący jak i wykonawca Zakład Handlowo-Usługowy Arkadiusz Jaranowski zaferowali skrócenie terminu wykonania robót o 3 tygodnie. Natomiast Odwołujący zaferował niższą cenę za wykonanie zamówienia. W konsekwencji ofercie Odwołującego należało przyznać maksymalną liczbę punktów (100 pkt) w obu kryteriach oceny ofert.

W toku Postępowania Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Melbud Spółka Akcyjna, co Odwołujący wykazał powyżej, i dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Handlowo-Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI jako najkorzystniejszej dla zadania 1 i zadania 2 mimo, że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, czym naruszył przepis art. 239 Pzp. Po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Melbud Spółka Akcyjna staje się ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia.

Dowód:

SWZ, oferty złożone w Postępowaniu , informacja o wyniku postępowania z dnia 12.11.2024r. – w dokumentacji Postępowania

W wyniku bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na zadanie 1, 2 i 3, Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Handlowo- Usługowy ARKADIUSZ JARANOWSKI na zadanie 1 i 2, która najkorzystniejszą w rzeczywistości nie była oraz unieważnił

Postępowanie w zakresie zadania 3 mimo, że nie wystąpiła podstawa do jego unieważnienia. W związku z tym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców czym naruszył art. 16 pkt 1 Pzp. Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów. Reasumując, należy uznać, że czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp, a zatem powinny zostać unieważnione.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu,
3. pełnomocnictwa wraz z opłatą skarbową,
4. ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzonych uchwałą Zarządu TUIR Allianz Polska S.A.,
5. zaświadczenie TUIR Allianz Polska S.A. z dnia 13.11.2024 r.