Sygn. akt: KIO 685/19

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum TORPOL S.A. w Poznaniu, CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach i CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum TORPOL S.A. w Poznaniu, CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach, CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach i:

   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum TORPOL S.A. w Poznaniu, CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach i CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach, tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum TORPOL S.A. w Poznaniu, CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach i CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach na rzecz zamawiającego Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu kwotę

w wysokości 3 778 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 685/19

Zamawiający - Dolnośląskie Centrum Onkologii z siedzibą przy Placu Hirszfelda 12 we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa szpitala onkologicznego we Wrocławiu", o numerze nadanym przez zamawiającego ZP/PN/93/18/NPR/AW, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r., pod numerem 2018/S 200-453501, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p."

W dniu 3 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach w ramach kryteriów selekcji. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 15 kwietnia 2019 r., środek zaskarżenia wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum: TORPOL S.A. z siedzibą przy ul. Mogileńskiej 10G w Poznaniu, CLIMATIC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Żytniej 6 w Regułach i CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Stanisława Bodycha 73A w Regułach, dalej zwani jako „odwołujący".

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w sekcji 11.1.2. lit. b) ogłoszenia o zamówieniu (posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 000 PLN), co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania,

2. art. 60d ust. 1 p.z.p., poprzez niepodanie w treści rozstrzygnięcia informacji i uzasadnienia o otrzymanych ocenach spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego,

3. art. 60d ust. 1 — 3 p.z.p., poprzez ich błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełniania przez odwołującego warunków oceny wniosku w oparciu o kryteria selekcji określone w punkcie II.2.9) ogłoszenia o zamówieniu (oraz 6.3 pkt 2) lit. a) i c) IDW), polegające na nieuwzględnieniu wszystkich robót budowlanych zawartych w przedstawionym przez Odwołującego wykazie oraz całej zdolności kredytowej wynikającej z przedłożonych dokumentów bankowych, polegającej na nieuzasadnionym i bezpodstawnym przyznaniu odwołującemu jedynie 4 punktów, podczas gdy odwołujący powinien otrzymać w 7 punktów za ocenę złożonego wniosku, a także poprzez nieprzyznanie odwołującemu 7 punktów, które winny klasyfikować go na wyżej pozycji wśród wszystkich wykonawców składających wnioski, czego skutkiem

był brak zaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego,

4. art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało zarówno wykluczeniem Odwołującego z postępowania jak i nieprzyznaniem mu dodatkowych punktów w kryterium selekcji, w wyniku czego nie doszło do zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie odwołania przez

Izbę, jego uwzględnienie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania i dowodów złożonych w toku rozprawy, a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Ponadto wniesiono o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosku odwołującego, ponowne badanie i ocenę rzeczonego wniosku w zakresie warunku udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, w tym przyznanie odwołującemu 7 punktów, dokonanie uzasadnienia w przedmiocie kryteriów oraz zakwalifikowanie odwołującego do dalszego postępowania.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

W ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołujący złożył następujące polisy OC:

1. nr 1016184380 - wystawioną na TORPOL S.A. przez ERGO HESTIA, obowiązującą od 01.01.2018 r. do 31.12.2018 r., na sumę gwarancyjną 40 000 000 PLN wraz z aneksem nr 1 obowiązujący od 30.04.2018 r. do 29.07.2018 r., na sumę gwarancyjną 50 000 000 PLN oraz z aneksem nr 2, obowiązujący od 27.12.2018 r. do 31.12.2018 r., na sumę gwarancyjną 50 500 000 PLN. Co w ocenie odwołującego potwierdza, że w dniu złożenia wniosku oraz JEDZa (tj.wdniu 31.12.2018 r.), w ramach polisy nr 1016184380, był on ubezpieczony na kwotę 50 500 000 PLN (dowód w dokumentach postępowania).

2. nr 1016184380 - wystawioną na TORPOL S.A. przez ERGO HESTIA, obowiązującą od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r., na sumę gwarancyjną 40 000 000 PLN wraz z aneksem nr 1 obowiązującym od 01.02.2019 r. do 30.06.2019 r., na sumę gwarancyjną 50 500 000 PLN. Co zdaniem odwołującego stanowi dowód kontynuacji posiadania ubezpieczenia OC, po dacie złożenia wniosku, aktualnego w dniu złożenia

dokumentów w trybie art. 26 ust. 2f p.z.p. i na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p. (dowód w dokumentach postępowania).

3. nr 04.499.718 - wystawioną na Climatic Sp. z o.o. Sp. k. przez AXA Ubezpieczenia

TUR S.A., obowiązującą od 10.05.2018 r. do 09.05.2019 r., na sumę gwarancyjną

22 000 000 PLN. Co według odwołującego potwierdza, że w dniu złożenia wniosku oraz JEDZa (tj. w dniu 31.12.2018 r.) oraz w dniu złożenia dokumentów w trybie art.

26 ust. 2f p.z.p. i na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p., odwołujący, w ramach polisy nr

04.499.718, był ubezpieczony na kwotę 22 000 000 PLN (dowód w dokumentach postępowania).

4. nr 04.963.263 - wystawioną na Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. przez AXA Ubezpieczenia

TUR S.A., obowiązującą od 16.10.2018 r. do 15.10.2019 r., na sumę gwarancyjną

27 500 000 PLN wraz z aneksem nr 1 zwiększającym sumę gwarancyjną do

30 000 000 PLN. Co w ocenie odwołującego potwierdza, że w dniu złożenia wniosku oraz JEDZa (tj. w dniu 31.12.2018 r.) oraz w dniu złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2f p.z.p. i na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p., odwołujący, w ramach polisy nr 04.963.263, był ubezpieczony na kwotę 30 000 000 PLN (dowód w dokumentach postępowania).

Mając na uwadze powyższe, w opinii odwołującego, w dniu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postepowaniu wraz z oświadczeniem JEDZ, a także w dniu złożenia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 2f p.z.p. i na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p., spełniał od warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, w wysokości minimum 100 000 000 PLN.

Dalej odwołujący wskazał, że 03.04.2019 r. otrzymał od zamawiającego informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach

w ramach kryteriów selekcji, z którą się nie zgadza. W ocenie odwołującego, w ramach złożonych na wezwanie zamawiającego polis, posiadał on ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną 102 500 000 PLN, co wynika z rachunku matematycznego: polisa nr 1016184380 na sumę 50 500 000 PLN plus polisa nr 04.499.718 na sumę 22 000 000 PLN plus polisa nr 04.963.263 na sumę 30 000 000 PLN, dają razem 102 500 000 PLN.

Odwołujący podniósł następnie, że podstawą pierwszego wezwania do złożenia dokumentów był art. 26 ust. 2f p.z.p. Zdaniem odwołującego doktryna wskazuje, że dokumenty

na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia i kryteriów selekcji, mają być aktualne na dzień ich złożenia, a nie jak w dotychczas obowiązującym stanie prawnym - na dzień, w którym upływa termin składania ofert, albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oświadczenia lub dokumenty, przedkładane na podstawie art. 26 ust. 2f p.z.p., winny potwierdzać aktualny stan rzeczy, tj. potwierdzający określone dane (informacje), po wezwaniu w trybie 26 ust. 2f ustawy p.z.p., zatem muszą potwierdzać stan obecny. Przy czym, według odwołującego, ustawodawca nie bez przyczyny poprzestał na stwierdzeniu „aktualności" dokumentu, nie przywołując tutaj ani treści art. 26 ust. 1 i 2 p.z.p., ani nie odwołał się do treści art. 25 ust. 1 p.z.p. i pośrednio do treści rozporządzenia o dokumentach (patrz Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany). A więc właśnie z tego powodu odwołujący złożył polisy OC, aktualne na dzień ich złożenia. Ponadto polisy, złożone pismem z 8 lutego 2019 r., potwierdzały posiadanie, aktualnego na dzień złożenia, ubezpieczania w wysokości 102 500 000 PLN.

Drugie wezwanie skierowane do odwołującego motywowane było art. 26 ust. 3 p.z.p. W wezwaniu tym żądano złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w wysokości minimum 100 000 000 PLN od daty składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. od dnia 31.12.2018 rok). W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący złożył polisę nr 1016184380, obowiązującą do dnia 31.12.2018 r., co w ocenie odwołującego dowodziło, że warunek został spełniony również w dniu złożenia wniosku.

Następnie odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego co do wykluczenia go z postępowania, ponieważ zamawiający, dokonując oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p.

Podstawą do wydania decyzji o wykluczeniu, w opinii odwołującego, nie może być przywołanie sprawy o sygn. akt KIO 1777/18, bowiem orzecznictwo nie może stanowić prawa, na podstawie którego dokonywane są czynności w postępowaniu. Orzecznictwo może jedynie służyć do interpretacji przepisów, o ile jest ono oparte na analogicznym stanie faktycznym. Zaś w sprawie o sygn. akt KIO 1777/18 wykonawca już w dniu złożenia oferty nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, tj. nie posiadał wymaganej wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej i nie przedłożył informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową. Przenosząc to na grunt niniejszego postępowania w ocenie odwołującego, zarówno w dniu 31.12.2019 r., tj. w dniu złożenia wniosku, oraz w dniu złożenia dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 2f p.z.p. i wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p., posiadał on polisę OC na łączną kwotę 102 500 000 PLN. Ta odrębność stanów faktycznych powoduje, że wyrok ten nie może stanowić podstawy interpretacji przepisów prowadzących do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący wskazał dalej, że zamawiający w piśmie z 03.04.2019 r. uznał, że cyt. „Na gruncie obecnego brzmienia ustawy PZP, w szczególności art. 26 ust. 2f ustawy PZP, uzasadnionym jest pogląd, że warunki udziału w postępowaniu wykonawcy winni spełniać nie tylko na dzień składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz również w całym okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia."

Po pierwsze, w ocenie odwołującego, spełnia on warunek dotyczący ubezpieczenia OC w całym okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, czego dowodzą złożone polisy - spełniał w dniu złożenia wniosku oraz spełniał w dniu złożenia dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f p.z.p.

Dalej odwołujący wskazał, że zgadza się z tezą, iż okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi charakteryzować się ciągłością, w tym znaczeniu, że wykonawca jest zobowiązany spełniać warunki nie tylko w dacie składania ofert, ale przez cały okres aż do zakończenia postępowania. Jednak ciągłość ta nie oznacza zakazu nieprzerwalności. Zdaniem odwołującego żaden przepis p.z.p. nie nakazuje aby wykonawca musiał spełniać warunki w sposób nieprzerwalny - ciągły. Przepisy nie regulują i nie definiują nieprzerwalności. Obowiązku takiego nie wprowadzono również w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz IDW.

Odwołujący przytoczył również treść art. 25a ust. 1 p.z.p. oraz 26 ust. 1 i 3 p.z.p. i stwierdził, że art. 26 ust. 3 p.z.p., w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 i 2 p.z.p. oraz 26 ust.

1 p.z.p., nie wskazuje wprost na jaki moment mają być aktualne uzupełniane dokumenty i nie stanowi o tym, że dokumenty te muszą potwierdzać ciągłość spełniania warunku udziału w postępowaniu. Norma ta nie definiuje więc obowiązku nieprzerwalności, czy ciągłości spełnienia warunku.

Natomiast finalnie, zgodnie z art. 26 ust. 2f p.z.p., oświadczenia lub dokumenty winny potwierdzać aktualny stan rzeczy, tj. potwierdzający określone dane (informacje), już po wezwaniu w trybie 26 ust. 2f p.z.p. Oświadczenia i dokumentu muszą potwierdzać stan obecny (tak również opinia UZP), co oznacza, że i w tym przepisie nie definiuje się obowiązku nieprzerwalności, czy ciągłości spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W opinii odwołującego dokonując wykładni przepisów p.z.p. należy kierować się zasadami wykładni wyrażonymi przez Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 17 maja 2000 r., sygn. akt I KZP 7/00, gdzie skład orzekający stwierdził, że „nie można (...) z powołaniem się na ratio legis zmieniać . treści jasno wyrażonej przez ustawodawcę w interpretowanym przepisie. Nie jest zresztą ważne, co ustawodawca chciał powiedzieć formułując daną normę, lecz to, co wyraził w owym przepisie, zwłaszcza, gdy przepis ten ma treść wyraźnie określoną, gdyż użyto w nim sformułowań o jednoznacznym językowo (w języku prawnym i prawniczym) wydźwięku".

Omawiane przepisy mają jednoznaczną treść, stąd posiłkowanie się innymi metodami wykładni musi nieść ze sobą pewne ryzyko, które podjął zamawiający. Natomiast tylko jeżeli przepis jest sformułowany w sposób niejednoznaczny, niezbędne jest posłużenie się także innymi metodami wykładni (systemową, funkcjonalną, orzecznictwem) dla weryfikacji poprawności rezultatów wykładni językowej (tak: Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt I KZP 28/09).

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, żaden z wyżej wskazanych przepisów p.z.p. nie wprowadza obowiązku, aby spełnienie warunku miało trwać w sposób nieprzerwalny - ciągły, przepisy te są jednoznaczne, to tym samym zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania, przywołując w treści uzasadnienia reprezentowane podglądy.

Według odwołującego należy również wziąć pod uwagę, że zarzut dotyczy posiadania ubezpieczenia OC. Celem żądania polisy jest wykazanie spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. iż wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Co za tym idzie polisa OC jest dokumentem, który może zostać nabyty przez każdy podmiot gospodarczy, a jedynym warunkiem jego pozyskania jest posiadanie odpowiedniej ilości gotówki na jej opłacenie. Nie jest to więc dokument o takiej wadze jak zdolność techniczna czy zawodowa, która wymaga od wykonawcy dużych nakładów pracy, czasu i środków.

Zatem jeżeli nawet uznać za słuszne reprezentowane przez zamawiającego poglądy dotyczące nieprzerwalności spełnienia warunku, to nie będą one miały zastosowania do wszystkich warunków udziału w postępowaniu - do warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Składana na tym etapie polisa OC nie stanowi zabezpieczenia realizacji danego kontraktu, a służyć ma jedynie potwierdzeniu wiarygodności ekonomicznej wykonawcy. Oznacza to, że polisa taka nie musi nieprzerwalnie trwać, ponieważ nie zabezpiecza jeszcze wykonywanych robót. Z racjonalnego punktu widzenia to warunek ten potwierdza zdolność finansową, a więc fakt możliwość opłacenia składki, stanowi dowód posiadania tak wymagalnej zdolności. Odwołujący przedstawił polisy OC, zgodnie z oświadczeniem wstępnym zawartym w JEDZ i polisy te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków oraz w trakcie postępowania, co dowodzi że odwołującyjest w dobrej kondycji finansowej, a także iżjest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej, wiec spełnia postawiony warunek.

W ocenie odwołującego stwierdzenie użyte we wniosku opinii UZP cyt. „trwa nieprzerwanie”, które najwyraźniej zostało przez zamawiającego błędnie zinterpretowane, na gruncie obowiązujących przepisów p.z.p., w tym nakazujących wykonawcy złożyć dokumenty „aktualne” oznacza tyle, że na każde wezwanie zamawiającego, wykonawca ma udowodnić, że „aktualnie” dalej spełnia postawiony warunek.

Rozpatrując taką sytuację, gdzie zamawiający na potwierdzenie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej żądałby, jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku, nie polisy OC, a opinii bankowej, to wskazać należy, że przepisy p.z.p. nie wymagają np. zamrożenia stanu konta na cały okres prowadzenia postępowania. W przypadku opinii bankowej potwierdzenie złożone przez bank o stanie rachunku nie powoduje przecież ulokowania wymaganej przez zamawiającego ilości pieniędzy na depozycie, na poczet konkretnego zamówienia. Stąd aktualność tych dokumentów musi być mierzalna na dzień

złożenia tego dokumentu. Przenosząc to na grunt niniejszego odwołania wskazać należy, że odwołujący składając nową polisę OC, wykazał że nieprzerwalnie - czyli nadal - posiada

zdolność ubezpieczeniową na kwotę 102 500 000 PLN. Odwołujący dowiódł, że ma zdolność finansową do ponoszenia kosztów ubezpieczenia w każdym czasie, tj. od dnia wyznaczonego

na złożenie wniosku przez dzień wezwania po dzień zakończenia realizacji inwestycji.

Ponadto, w myśl motywu 85 dyrektywy klasycznej, w którym stwierdzono, że „istotne

jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko", należy podnieść, że odwołujący pismami z dnia 08.02.2019 r. oraz 14.03.2019 r. potwierdził, że aktualne są nadal okoliczności stwierdzone w oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 p.z.p., a chwilowy brak całości sumy gwarancyjnej nie może

stanowić o braku spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, bo wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i na wezwanie zamawiającego był w stanie

ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej.

W dalszej części uzasadnienia odwołania wykonawca podniósł, że w informacji

o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach w ramach kryteriów selekcji, nie ma informacji o przyznanych mu puntach w kryteriach selekcji. Informacja ta jest o tyle istotna, że w przypadku potwierdzenia zarzutu związanego z nieprawidłowym wykluczeniem wykonawcy z postępowania, implikuje ona dostanie się przez odwołującego na tzw. „krótką listę" lub konieczność podjęcia obrony swojego stanowiska w przypadku pozostania poza tą listą.

W dniu 09.04.2019 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego protokół postępowania

w wersji elektronicznej. W dokumentach postepowania znalazł się dokument datowany na 01.04.2019 r. o nazwie „protokół oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu". W dokumencie tym znajduje się pozycja o nazwie: „II. ocena wniosków zgodnie z kryteriami selekcji.", z czego wynika, że odwołujący dostałby 4 punkty, gdyby nie podlegał wykluczeniu. Dokument ten nie zawiera żadnych informacji, które uzasadniałyby przyznanie odwołującemu 4 punktów i brak przyznania punktów w pozostałych kryteriach selekcji. Odwołujący nie zgadza się z tak przyznaną punktacją oraz formą (brakiem) jej uzasadniania zarówno w piśmie z dnia 03.04.2019 r., jak i w protokole z dnia 01.04.2019 r.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonując oceny złożonego przez odwołującego

wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, dopuścił się naruszenia art. 60d ust. 1-3 p.z.p. Zgodnie z art. 60d ust. 1 p.z.p. należy niezwłocznie poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Tymczasem pismo zamawiającego z 03.04.2019 r. i protokół z 01.04.2019 r. nie spełniają warunków postawionych w przytoczonym przepisie (dowód w dokumentach postępowania). W stosunku do odwołującego, z pisma z 03.04.2019 r., wynika jedynie brak przyznanych punktów, a z protokołu z 01.04.2019 r. jedynie ilość warunkowo przyznanych punktów. Natomiast brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego poszczególnym wykonawcom przyznano taką, a nie inną ilość punktów. Zamawiający powinien był powiadomić wszystkich uczestników postępowania o wynikach uzyskanych przez wykonawców, w zakresie stopnia spełniania postawionych warunków, tj. powinien był przesłać informacje na podstawie których odwołujący mógłby dokonać oceny, które z wykazanych przez niego realizacji nie zostały zaakceptowane przez zamawiającego i poznać chociażby podstawowe podwody ku temu. Zamawiający tego nie uczynił, a w konsekwencji uniemożliwił odwołującemu dokonanie kompleksowej oceny działań zamawiającego (patrz wyrok z dnia 24 maja 2011 r. sygn. akt KIO 990/11).

Ponadto brak przyznania odwołującemu punktów w kryteriach selekcji powoduje, że jeżeli zarzut braku wystarczającego uzasadnienia działań zamawiającego będzie zasadny to termin na zaskarżenie czynności powinien rozpocząć bieg dopiero od daty przekazania odwołującemu prawidłowego powiadomienia o wynikach. Tym niemniej z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, że w ramach kryteriów selekcji:

a) określonych punktem II.2.9) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu (budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 30 tyś m^2) powinno być uznane doświadczenie własne w budowie: budynków A1 i A2 Centrum Kliniczno - Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi do nowego programu medycznego (pozycja 3 załącznik nr 4 do wniosku) oraz budowie dworca Łódź Fabryczna (pozycja 4 załącznik nr 4 do wniosku) łącznie: 2 punkty (dowód w dokumentach postępowania, wniosek odwołującego),

b) określonych punktem II.2.9.) lit. c) ogłoszenia o zamówieniu (posiadane środki finansowe lub zdolność kredytowa) powinno być uznana opinia bankowa Credit Agricole na kwotę 150 000 000 PLN, BGK na kwotę 215 000 000 PLN, mBank na kwotę 120 000 000 PLN oraz 15 000 000 PLN, ING Bank śląski na kwotę 24 000 000 PLN oraz ING Bank Śląski na kwotę 36 000 000 PLN, więc łącznie kwota 560 000 000 PLN, co powinno dać 5 punktów (dowód w dokumentach postępowania, wniosek odwołującego).

W niniejszym postępowaniu, zdaniem odwołującego, doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. Wniosek odwołującego został potraktowany w sposób niezapewniający zasady proporcjonalności postępowania, poprzez błędne, niewynikające wprost z przepisów p.z.p. i poparte jedynie teoretycznymi rozważaniami uznanie, że warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, musi być spełniony w sposób nieprzerwalny, tj. bez przerw terminowych.

W ocenie odwołującego zasada proporcjonalności powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu oceny warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców. W tym aspekcie przywołana zasada proporcjonalności wyraża obowiązek formułowania wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób adekwatny do rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego postawiono warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany podejmować działania adekwatne do przedmiotu i zakresu zamówienia, a więc skoro ubezpieczenie OC ma jedynie potwierdzić możliwość finansową wykonawcy, czyli zdolność do zakupu polisy OC w trakcie realizacji zamówienia (nie jest ono potrzebne w trakcie przetargu, gdyż wobec braku ryzyk ubezpieczeniowych nie ma ono zastosowania), to przedłożone przez odwołującego polisy OC, winny być uznane przez zamawiającego jako wystarczające do wykazania tej zdolności finansowej.

Zupełnie nieproporcjonalnym do rzeczywistych potrzeb postępowania jest natomiast wymaganie od wykonawców aby ubezpieczenie OC obowiązywało nieprzerwalnie, tzn. od dnia złożenia wniosku aż po dzień zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ: po pierwsze jednorazowy zakup takiej polisy (lub nawet kilkukrotny zakup, będący wynikiem wezwania przez zamawiającego do złożenia dokumentów) wystarczająco potwierdza zdolność finansową wykonawcy, po drugie przepisy p.z.p. nie wskazują na taki obowiązek, po trzecie wobec braku wykonywania robót budowlanych na etapie przetargu, polisa ta nie spełnia i tak swojej funkcji, bo nie stanowi zabezpieczenia ryzyk budowy i po czwarte utrzymywanie ubezpieczenia przez cały okres wydłużającego się postępowania przetargowego jest nieuzasadnione ekonomicznie.

Odwołujący wskazał również, iż art. 7 ust. 1 p.z.p. został naruszony także w aspekcie kryteriów selekcji, gdyż zamawiający w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, w piśmie z 03.04.2019 r., udzielił informacji oraz wskazał uzasadnienie przyznanych punktów jedynie tym wykonawcom, którzy dostali się na tzw. „krótką listę", pozostawiając pozostałych wykonawców bez szans na zbadanie podstaw oceny ich wniosków. Skoro przepis art. 60d ust. 1 p.z.p. stanowi, że „o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" - nie rozgraniczając wykonawców wykluczonych, to poszanowaniem zasady równości byłoby podanie wyników oceny również odwołującemu. Takie działanie przyczyniłoby się także do koncentracji środków odwoławczych w zakresie warunków udziały w postępowaniu i kryteriów oceny ofert w jednym postępowaniu odwoławczym.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, a także o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami dojazdu, zgodnie ze złożoną fakturą VAT i biletami.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują

możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący, wniesiony środek zaskarżenia jest uzasadniony merytorycznie, a jego uwzględnienie przez Izbę pociągnie za sobą skutek w postaci zobowiązania zamawiającego do naprawy czynności dokonanej wbrew przepisom p.z.p., co umożliwi odwołującemu zakwalifikowanie się do dalszej części postępowania i złożenia oferty w dialogu konkurencyjnym. Wobec naruszenia przepisów p.z.p. odwołujący poniósł szkodę w postaci wykluczenia go z postępowania, co w konsekwencji utrudnia mu dostęp do zamówienia, zatem przez działanie zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Co więcej uchybienie obowiązkom zamawiającego, wskazanym w niniejszym odwołaniu, spowodowało, że należało wnieść odwołanie również w zakresie kryteriów selekcji, gdyż z przeprowadzonej przez zamawiającego oceny wniosków nie można jednoznacznie wywieść jakimi przesłankami kierował się przyznając punkty odwołującemu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego:

I. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zawarł następujące informacje:

1) zgodnie z sekcją III. 1.2 pkt 1 lit b. o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, którzy znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości minimum 100 000 000 PLN (słownie: sto milionów złotych) lub równowartość tej kwoty w innej walucie - co ma odzwierciedlenie w pkt 6.2.1 ppkt 2 IDW.

W oparciu o pkt 3 lit. b sekcji III.1.2, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 1 p.z.p., przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów: b) potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Powyższe znajduje się również w pkt 7.3.1 ppkt 5 IDW.

2) w sekcji II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu wskazano informacje o ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów, w tym kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów - co ma odzwierciedlenie w pkt 6.3 IDW.

II. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składano 31.12.2018 r.

III. Wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów:

1) pismem z 30.01.2018 r., na podstawie art. 26 ust. 2f p.z.p., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (pkt 5 wezwania),

2) w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył m.in. polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej:

a) nr 1016184380 - ubezpieczony TORPOL S.A. przez ERGO HESTIA, obowiązująca od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r., na sumę gwarancyjną

40 000 000,00 zł wraz z aneksem nr 1 obowiązującym od 01.02.2019 r. do 30.06.2019 r., na sumę gwarancyjną 50 500 000,00 zł,

b) nr 04.499.718 - ubezpieczony Climatic Sp. z o.o. Sp. k. przez AXA Ubezpieczenia TUR S.A., obowiązująca od 10.05.2018 r. do 09.05.2019 r., na sumę gwarancyjną 22 000 000,00 zł,

c) nr 04.963.263 - ubezpieczony Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. przez AXA

Ubezpieczenia TUR S.A., obowiązująca od 16.10.2018 r. do 15.10.2019 r., na sumę gwarancyjną 27 500 000,00 zł wraz z aneksem nr 1 z dnia

21.12.2018 r., zwiększającym sumę gwarancyjną polisy do

30 000 000,00 zł,

3) pismem z 01.03.2019 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., wezwał odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości 100 000 000 PLN (lub równowartość tej kwoty w innej walucie) od daty składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (31.12.2018 r.) - pkt 9 wezwania.

4) w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 1016184380 - ubezpieczony TORPOL S.A. przez ERGO HESTIA, obowiązująca od 01.01.2018 r. do

31.12.2018 r., na sumę gwarancyjną 40 000 000,00 zł wraz z aneksem nr 1 obowiązującym od 30.04.2018 r. do 29.07.2018 r., na sumę gwarancyjną 50 000 000,00 zł oraz z aneksem nr 2 obowiązującym od 27.12.2018 r. do

31.12.2018 r., na sumę gwarancyjną 50 500 000,00 zł.

IV. W dniu 03.04.2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach w ramach kryteriów selekcji, w tym odwołującego, iż został on wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., bowiem wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, o którym mowa w sekcji III. 1.2) pkt 1 lit. b ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający przypomniał jakie polisy złożył wykonawca na wezwania, w trybie art. 26 ust. 2f i 26 ust. 3 p.z.p., a następnie wskazał, iż „Na gruncie obecnego brzmienia ustawy PZP, w szczególności art. 26 ust. 2f ustawy PZP, uzasadniony jest pogląd, że warunki udziału w postępowaniu wykonawcy powinni spełniać nie tylko na dzień składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz również w całym okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia (tak np. wyrok KIO z dnia 17.09.2018 r. KIO 1777/18 oraz opinia UZP).

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył dokumenty potwierdzające, że był on ubezpieczony na sumę gwarancyjną co najmniej 100 000 000 PLN na dzień składania wniosków o dopuszczenie od udziału w postępowaniu (31.12.2018 r.), tj. polisę Nr 1016184380 oraz dwa aneksy do niej, ostatecznie na sumę 50 500 000 zł, z datą obowiązywania do 31.12.2018 r.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie przedłożył jednak dokumentów potwierdzających fakt posiadania odpowiedniego ubezpieczenia w okresie od 1.01.2019 r. do 31.01.2019 r. Z przedłożonych dokumentów wynika, że w tym okresie łączna suma ubezpieczenia konsorcjum wynosiła 92 000 000 zł.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.” Ponadto zamawiający nie przyznał wykonawcy punktów w kryteriach selekcji.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład rozpoznający odwołanie, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej przez zamawiającego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, instrukcję dla wykonawców, złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, korespondencję prowadzoną w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a odwołującym - mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie Izby, całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie, jako nie posiadające uzasadnionych

podstaw, należało oddalić.

W zakresie zarzutu z pkt 1 z petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w sekcji II.1.2. lit. b ogłoszenia o zamówieniu (posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 000,00 zł), co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, Izba wskazuje co następuje.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W postępowaniu rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 2 p.z.p., określił sporny warunek udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, na którego potwierdzenie, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., żądano dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (vide pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy).

Izba dalej wskazuje, że weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się etapowo. Zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 p.z.p. 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 nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zaś w oparciu o art. 25a ust. 2 p.z.p. rzeczone oświadczenie, w postępowaniach których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., składane jest w formie jednolitego dokumentu (dalej zwanego jako „JEDZ"). Natomiast następnie wykonawca składa, aktualne na dzień złożenia, oświadczenia lub dokumenty, potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zgodnie z art. 26 ust. 1 p.z.p.

Zatem informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które winny być przez wykonawcę spełnione na dzień składania ofert, co potwierdzą dowody, składane na etapie późniejszym, które będą „aktualne na dzień złożenia". Oznacza to, że oświadczenia i dokumenty, składane na wezwanie zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia, zgodny z informacją wskazaną w JEDZ.

Następnie skład orzekający wskazuje, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania.

Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, „(...) Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)", zaś w motywie 85 wskazano, iż „Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)". Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 26 ust. 2f p.z.p., umożliwiający zobowiązanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że nie podlega on wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

W konsekwencji powyższego należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane dowody mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności podmiotowej jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Obecnie posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania, poprzez oświadczenie wstępne (art. 25a ust. 1 pkt 1 p.z.p.), zaś żąda się dowodów ją potwierdzających, aktualnych na dzień złożenia (art. 26 ust. 1 p.z.p.), nadto na każdym etapie postępowania zamawiający ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust. 2f p.z.p.).

Wskazane przepisy, w związku ze sobą, należy zatem wykładać nie przez pryzmat

czynności zamawiającego, które siłą rzeczy zawsze będą „punktowo" sprawdzały stan faktyczny, a przez pryzmat uregulowania stanu który jest poddawany ocenie - z treści zestawionych norm wynika bowiem w sposób logiczny i spójny, że o ile weryfikacja jest „punktowa", o tyle odbywa się ona na linii ciągłej w czasie, gdzie w każdym momencie ta weryfikacja może się odbyć. Stan spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest zatem stanem wyłącznie konkretnego dnia, który może się zmieniać (raz warunki mogą być spełnione, innym razem nie - wymagałoby to przyjęcia, że wykonawca posiada odpowiedni potencjał podmiotowy, bo zamawiający akurat „nie trafi" ze sprawdzeniem na moment w którym warunki nie są spełnione), a stanem ciągłym.

Należy przypomnieć również, iż warunki udziału stawiane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowią ustawowy instrument mający umożliwić wybór wykonawcy, który swoimi cechami podmiotowymi gwarantuje pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania umowy w przedmiocie zamówienia publicznego. Przyjęcie wykładni o możliwości spełniania warunków w sposób „punktowy" - na dany moment, spowodowałoby, że warunek udziału w postępowaniu spełniałby wykonawca, który posiada zdolność podmiotową w sposób ciągły, jak i wykonawca, który w momencie weryfikacji spełnia warunek, a np. tydzień wcześniej rzeczonej zdolności nie posiadał, tylko, że wtedy zamawiający nie wzywał go do złożenia dowodów. Zrównanie sytuacji obu wykonawców i przyjęcie, że obaj dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, stoi w sprzeczności z zasadami naczelnymi p.z.p., wskazanymi w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe skutkuje przekonaniem Izby, że wykładnia celowościowa, funkcjonalna

1 systemowa normy odtworzonej na podstawie przywołanych przepisów - to jest z perspektywy stanu weryfikacji, nie zaś oderwanej od tego stanu czynności faktycznej złożenia dokumentów, jest interpretacją słuszną, i co więcej, jedyną dopuszczalną i nie prowadzącą do absurdalnych rezultatów.

Interpretację o ciągłym charakterze stanu spełnienia warunku potwierdza a fortiori zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym - w wyniku wejścia w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustawy (Dz. U. 2016 poz. 1020), zwanej dalej jako „ustawa nowelizująca" - zmieniły się zasady dotyczące wykazywania, odpowiednimi środkami dowodowymi w postaci dokumentów lub oświadczeń, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Do wejścia w życie ustawy nowelizującej dokumenty przedstawione przez wykonawców powinny potwierdzać właściwą sytuację podmiotową, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Po nowelizacji przepis nie nakłada takiego obowiązku, uzupełniane oświadczenia oraz dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia (por. np. wyrok Izby z 09.05.2017 r. sygn. akt KIO 785/17).

Odejście od koncepcji weryfikacji posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej na dzień składania wniosków lub ofert, spowodowało również, że ustawą nowelizującą dodano uprawnienie zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia - zgodnie z art. 24 ust. 12 p.z.p. W ocenie Izby w sposób zdecydowany systemowo potwierdza to, że wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania, a nie jedynie na określony, „punktowy", moment ich rewizji (np. na dzień składania ofert czy wniosków, czy na dzień wykazywania środkami dowodowymi okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 p.z.p.). Przy czym warto podkreślić, że zamawiający posiada uprawnienie, wynikające z art. 145a pkt

2 p.z.p., do rozwiązania umowy, jeżeli wykonawca w chwili jej zawarcia podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 p.z.p.

Zatem w ocenie Izby zamawiający - stwierdziwszy, że w postępowaniu zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia wykonawcy - obowiązany jest czynności tej dokonać, niezależnie w jakim momencie i w jaki sposób o utracie wymaganej zdolności podmiotowej przez przedsiębiorcę się dowiedział.

Z ustalonego stanu rzeczy rozpoznawanego odwołaniem wynika, że w toku weryfikacji podmiotowej - w oparciu o złożone przez odwołującego dowody, wskazane w pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy - zamawiający dowiedział się, że odwołujący spełniał warunek posiadania odpowiedniej polisy odpowiedzialności cywilnej w momencie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (31.12.2018 r.). Odwołujący posiadał również właściwą polisę w momencie złożenia dokumentów, potwierdzających oświadczenie składane w JEDZ. Tym niemniej w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w miesiącu styczniu 2019 r., odwołujący odpowiedniej polisy nie posiadał. Zatem od 01.01.2019 r. do 31.01.2019 r. wykonawca nie posiadał zdolności ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia i od 01.02.2019 r., kiedy dokonano zakupu odpowiedniej polisy, wykonawca znów spełniał warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż istotne są dwa momenty - złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz złożenia dokumentów, potwierdzających okoliczności wskazane we wniosku - natomiast sytuacja podmiotowa wykonawcy pomiędzy

tymi momentami jest irrelewantna prawnie i nie może być podstawą do wykluczenia odwołującego z postępowania. Wskazano również, iż żadna norma nie wskazuje na konieczność zachowania ciągłości posiadania odpowiedniej sytuacji podmiotowej, zatem zamawiający w sposób nieprawidłowy wykluczył wykonawcę z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Izba stwierdziła, mając na względzie wcześniejsze uwagi, iż sytuacja podmiotowa wykonawcy powinna być odpowiednia i zgodna z postawionymi warunkami w całym okresie postępowania, zarówno na etapie przystąpienia do niego, jak i w jego toku oraz ostatecznie, na moment zawierania umowy - wynika to z normy odtworzonej na podstawie wskazanych wcześniej przepisów ustawy, która nie pozostawia wątpliwości co do tego, że choć weryfikacja (czynności faktyczne, które się na nią składają) może, a nawet z przyczyn obiektywnych musi być dokonana „punktowo", to stan weryfikowany posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej, musi trwać w sposób nieprzerwany.

Ponadto odwołujący, w sposób nieuprawniony, utożsamia wymóg spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z procedurą wykazywania tych okoliczności, odpowiednimi środkami dowodowymi w postaci dokumentów lub oświadczeń. Innymi słowy, to iż dokumenty składa się na danym etapie postępowania, nie oznacza, że w czasie od złożenia oświadczenia do złożenia dokumentów sytuacja podmiotowa wykonawcy może być dowolna. Nie oznacza to również, że wykonawca może przestać spełniać warunki udziału w postępowaniu i o ile akurat wtedy zamawiający nie wezwie go do złożenia dokumentów, to późniejsze wykluczenie jest nieuprawnione.

Dalej Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego jest sprzeczne nie tylko z przywołanymi przepisami, ale także z ogólnymi zasadami zamówień publicznych, określonymi w art. 7 ust. 1 p.z.p. - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem zgodzić się na premiowanie zachowania wykonawcy, któremu „udało się" kupić polisę po wystosowaniu do niego wezwania do złożenia dokumentów i nie ma podstaw do odebrania zamawiającemu ustawowego uprawnienia wykluczenia wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, tylko dlatego, że akurat wtedy, kiedy wykonawca nie miał polisy, to zamawiający go nie wezwał do jej przedstawienia.

Przeciwny wniosek prowadziłby do absurdalnego rezultatu, gdzie możliwość wykluczenia wykonawcy byłaby zdarzeniem losowym i dochodziłoby do premiowania próby takiego kształtowania sytuacji prawnej wykonawców, które zmierzałyby do - możliwie najniższym kosztem - pozyskiwania dokumentów nominalnie świadczących o spełnieniu danego warunku. W istocie jednak takie dokumenty (np. „polisa na tydzień") niczego by nie potwierdzały.

Omawiana procedura weryfikacji prowadziłaby zatem nie do sprawdzenia czy wykonawca faktycznie dysponuje odpowiednim potencjałem, a do weryfikacji jak sprawnie może on pozyskać dokumenty na konkretny dzień. Jednocześnie prowadziłoby to do pozaprawnego zróżnicowania sytuacji wykonawców, którzy wzywani do złożenia dowodów w różnych momentach, mogliby całkowicie przypadkiem nie zostać wykluczeni, bo akurat po kilku miesiącach przerwy wznowili polisę. Takie stosowanie omawianych przepisów zmieniłoby postępowanie z wyboru wykonawcy posiadającego odpowiednią sytuację podmiotową, gwarantującą prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, na wybór tego, który celnie przewidzi moment wezwania przez zamawiającego. Natomiast wykonawcy spełniający warunek przez cały okres postępowania znaleźliby się w gorszej sytuacji, ponieważ ponosiliby koszty rzeczywistego utrzymania stanu spełniania warunków i możliwości faktycznego wykazania swojej zdolności. W ten sposób omawiane przepisy bardzo szybko straciłyby nie tylko swój cel i funkcję, ale stałyby się brzemieniem dla zamawiających i rzetelnych wykonawców.

Odwołujący podnosił również, iż powyższe normy należy rozumieć w zależności od charakteru warunku udziału w postępowaniu, którego spełnianie wykonawca wykazuje. W ocenie Izby takie stanowisko nie ma żadnego odzwierciedlenia w normach p.z.p., ustawodawca w żadnym miejscu nie wprowadza takiego rozróżnienia, stąd trudno znaleźć jakiekolwiek uzasadnienie dla twierdzeń odwołującego. Ponadto Izba podzieliła trafną argumentację zamawiającego, iż odwołujący w sposób wadliwy rozumie cel wykazania posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut z pkt 1 petitum odwołania, jako zarzut bezzasadny.

W zakresie zarzutów z pkt 2 i 3 z petitum odwołania, postawionych jako naruszenie przez zamawiającego art. 60d ust. 1 p.z.p., poprzez niepodanie w treści rozstrzygnięcia informacji i uzasadnienia o otrzymanych ocenach spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego oraz naruszenie przez zamawiającego art. art. 60d ust. 1 - 3 p.z.p., poprzez ich błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełniania przez odwołującego warunków oceny wniosku w oparciu o kryteria selekcji określone w punkcie II.2.9) ogłoszenia o zamówieniu (oraz 6.3 pkt 2) lit. a i c IDW), polegające na nieuwzględnieniu wszystkich robót budowlanych, zawartych w przedstawionym przez odwołującego wykazie oraz całej zdolności kredytowej, wynikającej z przedłożonych dokumentów bankowych, polegającej na

nieuzasadnionym i bezpodstawnym przyznaniu odwołującemu jedynie 4 punktów, Izba stwierdziła jak niżej.

Zgodnie z art. 60d ust. 1 p.z.p. o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący wywodził, iż z normy tej wynika obowiązek merytorycznej oceny jego oferty w ustalonych przez zamawiającego kryteriach kwalifikacji wniosków, pomimo, iż zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udział w postępowaniu przez odwołującego, w wyniku której wykonawca został wykluczony z postępowania.

Izba nie podzieliła ferowanej przez odwołującego próby wykładni normy, bowiem ta indywidualna interpretacja jest wprost sprzeczna z brzmieniem przepisu, a nadto wynika z braku zrozumienia zasad ogólnych p.z.p. Zamawiający ocenił wniosek odwołującego - wykonawca nie wykazał posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej i finansowej, zatem sytuacja podmiotowa wykonawcy powoduje, że nie może on być brany pod uwagę na dalszym etapie postępowania. Niezależnie ile punktów odwołujący mógłby zdobyć w kryteriach selekcji, nie zostanie on zaproszony do złożenia oferty, bowiem jest wykonawcą wykluczonym.

Na kanwie art. 60d ust. 3 p.z.p. kryteria kwalifikacji stosuje się jedynie wobec tych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a nie wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wbrew zatem stanowisku odwołującego ustawodawca nie zobowiązał zamawiającego do dokonywania merytorycznej oceny wniosku wykonawcy w kryteriach selekcji, kiedy sytuacja podmiotowa wykonawcy powoduje jego eliminację z postępowania.

Odwołujący, w oparciu art. 60d ust. 1 p.z.p., otrzymał od zamawiającego ocenę jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z którą wykonawca został wykluczony, co spełnia przesłanki omawianej normy, a więc nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż gdyby wykonawca wykazał, że nie podlega wykluczeniu - czego nie uczyniono - to uzyskałby 4 punkty w kryterium finansowym. Izba podziela celną argumentację zamawiającego o braku możliwości przyznania dodatkowych punktów za polisę mBanku, a także brak możliwości przyznania punktów w kryterium doświadczenia w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, robotami, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź wraz z budową części podziemnej dworca Łódź Fabryczna oraz dostosowanie budynków A1 i A2 Centrum Kliniczno - Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Godzi się również zaznaczyć, że sformułowanie zarzutu nie pozwoliłoby na jego uwzględnienie, ponieważ odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby uzasadnionym było przyznanie mu punktów o które wnoszono. Odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste i oprócz wskazania ile punktów-w ocenie odwołującego - należałoby mu przyznać, nie wskazano żadnych okoliczności uzasadniających ten wniosek.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zarzuty z pkt 2 i 3 z petitum należało oddalić, bowiem odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszenia przez zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a nadto stanowisko o konieczności przyznania dodatkowych punktów, pomimo wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie posiada uzasadnionych podstaw.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła również twierdzeń odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało zarówno wykluczeniem odwołującego z postępowania jak i nieprzyznaniem mu dodatkowych punktów w kryterium selekcji, w wyniku czego nie doszło do zakwalifikowania odwołującego do dalszego etapu postępowania, wskazanych w pkt 4 petitum odwołania.

Wobec stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty podnoszone przez odwołującego w pkt 1 - 3 petitum odwołania, są bezpodstawnie, w konsekwencji ich oddalenia przez Izbę, nie mógł zostać również uwzględniony zarzut oznaczony nr 4, który jako niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy został przez Izbę oddalony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. a i b 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i uzasadnionymi kosztami zamawiającego, będącymi kosztem dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika, zgodnie ze złożonymi biletami oraz fakturą VAT.

Przewodniczący: