Sygn. akt KIO 1551/19

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę

Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D., ul. Żytnia 19, 05-240 Tłuszcz
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
Gminę Kosów Lacki ul. Kolejowa 2, 08-330 Kosów Lacki

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Siedlcach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1551/19

Zamawiający - Gmina Kosów Lacki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę oczyszczalni ścieków w Kosowie Lackim wraz z infrastrukturą towarzyszącą na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 3 czerwca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 555593. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Podstawy wykluczenia Odwołującego

Zamawiający wykluczył Odwołującego - Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.

1 pkt 12 w związku z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale 9. ust.

2 części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. niewykazaniem posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 milion złotych.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub niezaproszonego do składania ofert. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich udokumentowania zostały opisane w części 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Informacja dla Wykonawców", w rozdziale 9. „Warunki udziału w postępowaniu". Wymóg odnośnie sytuacji ekonomicznej lub finansowej został sprecyzowany przez Zamawiającego w ust. 2 pkt 2 lit. b tego rozdziału w sposób następujący: „posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 mln PLN".

W oświadczeniu złożonym na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 26 czerwca 2019 r., dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu, które zostało załączone do oferty złożonej 26 czerwca 2019 r. wykonawca oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że informacje przekazane w oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą i zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Oferta Odwołującego uzyskała najkorzystniejszą łączną ocenę punktową i 3 lipca 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia zgodnie z treścią w rozdziału 10 ust. 2 części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczając termin złożenia tych dokumentów na 10 lipca 2019 r. do godz. 15.30.
W wyznaczonym terminie Odwołujący złożył wskazane w wezwaniu dokumenty oraz kopie dokumentów potwierdzone za zgodność z oryginałem, m.in. kopię polisy ubezpieczeniowej typ 19043 nr 4246234 wystawionej przez firmę ubezpieczeniową COMPENSA Vienna Insurance Group, stanowiącą wznowienie polisy typ 19043 nr 4209519. Polisa została wystawiona w dniu 19 czerwca 2019 r. na okres ubezpieczenia od 26 czerwca 2019 r. do 25 czerwca 2020 r. Z treści polisy wynika, że wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na kwotę (sumę gwarancyjną) 600 tys. zł.

Ponieważ kwota sumy gwarancyjnej wynikająca z przedłożonej polisy jest mniejsza niż kwota ubezpieczenia OC wymagana przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający, korzystając z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 16 lipca 2019 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia bądź uzupełnienia dokumentu wyznaczając termin złożenia wyjaśnień lub ewentualnego uzupełnienia na 22 lipca 2019 r. do godz. 14.00.

W wyznaczonym terminie Odwołujący przedłożył Zamawiającemu potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię aneksu do polisy nr 19043/4246234 sporządzoną 16 lipca 2019 r. z treści którego wynika, że strony zawierające umowę ubezpieczenia dokonują zwiększenia sumy gwarancyjnej z kwoty 600 tys. zł do kwoty 1 mln zł za równoczesnym zwiększeniem składki ubezpieczeniowej. Okres obowiązywania zmiany określono od 17 lipca 2019 r. do 25 czerwca 2020 r.

Po dokonaniu analizy treści ww. dokumentów Zamawiający stwierdził, że z treści tych dokumentów bezsprzecznie wynika, że Odwołujący, wbrew złożonemu wraz z ofertą oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie spełniał na dzień składania ofert warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej tzn. nie posiadał ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 mln zł.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, także w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Natomiast dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą być wystawione z datą bieżącą, lecz powinny dokumentować spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia potwierdzonych wstępnie w oświadczeniach o złożonych z ofertą. Oświadczenia składane przez wykonawców na podstawie art. 25a ustawy Prawo zamówień publicznych muszą być aktualne w dacie ich złożenia. Dokumenty składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw wykluczenia w chwili ich złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert.

II Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania polisy OC o wartości 1 mln złotych oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, a także zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdz. 9 ust. 2 pkt 2 lit. b) wykonawca winien był wykazać, iż posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 mln złotych.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył polisę ubezpieczeniową typ 19043 nr 4246234 wystawioną przez Compensa Vienna Insurance Group, wystawioną 19 czerwca 2019 r. z okresem obowiązywania od 26 czerwca 2019 r. Intencją Odwołującego było posiadanie polisy z sumą odpowiedzialności cywilnej w wysokości 1 mln złotych, stąd dla oceny pojawia się w treści samej polisy podstawa obliczenia wartość obrotu 1 mln złotych. Błędnie tym samym wpisano wielkość sumy gwarancyjnej na 600 tys. złotych. Po zorientowaniu się w zaistniałym błędzie Odwołujący zawarł, 25 czerwca 2019 r. aneks nr 1 do ww. polisy, który zwiększał wartość ubezpieczenia OC do kwoty 1 mln złotych. Ze względu na sezon urlopowy Odwołujący w okresie, gdy Zamawiający wzywał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie był w stanie przedstawić aneksu nr 1 do polisy. Jednocześnie, nie chcąc uchybić procedurze zamówienia publicznego, pracownik Odwołującego zwrócił się o wydanie dokumentu rozszerzającego zakres polisy, gdyż nie był poinformowany o zawarciu

aneksu nr 1 - 17 lipca zwrócił się o zmianę warunków polisy

i taką zamianę uzyskał, nie wiedząc, iż taka zmiana została dokonana już 25 czerwca 2019 r. Dokument z 17 lipca 2019 r. został przedstawiony Zamawiającemu jako potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej. W związku z tą datą Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, składając ofertę 26 czerwca 2019 r., załączył do niej oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w którym, na podstawie posiadanych dokumentów m.in. polisy oraz aneksu nr 1 z 25 czerwca, potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczenie to musi być aktualne na dzień składania ofert. Odmiennie ustawodawca uregulował datę, na jaką aktualne mają być dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty powinny być aktualne na dzień ich składania po wezwaniu przez zamawiającego. Co prawda przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie reguluje już sprawy aktualności uzupełnianych dokumentów, ale z istoty uzupełnionego dokumentu, stanowiącego potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej, wynika konieczność jego aktualności na dzień wskazany w wezwaniu.

Jak słusznie wskazała Izba w orzeczeniu KIO 280/2018 dotyczącym informacji z KRK, jednak analogicznie odnoszących się do niniejszego postępowania „w ocenie Izby składane przez Wykonawców w toku postępowania dokumenty należy rozpatrywać łącznie. Tym samym, w oparciu o złożony jednolity dokument oraz informacje z KRK, uznać należy, iż w toku postępowania w stosunku do Odwołującego brak było podstaw do wykluczenia".

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie mógł złożyć oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie posiadał 26 czerwca 2019 r. polisy OC na kwotę 1 min złotych. Jednak Odwołujący złożył prawdziwe oświadczenie

w zakresie spełniania warunku zdolności finansowej, gdyż w tym dniu posiadał zmienioną polisę OC na kwotę 1 min złotych. Jednocześnie nie uchybił przepisom ustawy przedstawiając na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych kopię aneksu z 17 lipca 2019 r., gdyż zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty składa się aktualne na dzień wezwania. Skoro dniem wezwania był 22 lipca 2019 r., a przestawiony w odpowiedzi na wezwanie aneks nosił datę 17 lipca, Odwołujący nie uchybił przepisom ustawy i prawidłowo uzupełnił dokumenty.

Zatem Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że działając na podstawie art. 22 ust. 1, 1a i 1b ustawy Prawo zamówień publicznych określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące m. in. sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Informację o warunkach udziału w postępowaniu i sposobie wykazania ich spełniania przez wykonawców zamieścił w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale 9. „Warunki udziału w postępowaniu", w ust. 2 pkt 2 lit a) i b). Warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający określił w sposób następujący:
„a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimalną 1,5 min PLN,
b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 mln PLN".

Do oferty Odwołujący załączył oświadczenie z 26 czerwca 2019 r., w treści którego oświadczył, że spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w rozdziale 9 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale 10 ust. 2 części 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przedstawił wykaz dokumentów, których będzie żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający zawarł wymóg przedłożenia na wezwanie:
„a) informacji banku lub kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej spełnianie wymogów Zamawiającego co do wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, b) kopii polisy ubezpieczeniowej OC lub dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a kwota ubezpieczenia jest nie mniejsza niż 1 mln PLN. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku".

Działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający, 3 lipca 2019 r., wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu. W wyznaczonym w wezwaniu terminie Odwołujący złożył dokumenty oraz kopie dokumentów potwierdzone za zgodność z oryginałem, które miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym kopię polisy ubezpieczeniowej typ 19043 nr 4246234 wystawionej przez firmę ubezpieczeniową COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, stanowiącą wznowienie polisy typ 19043 nr 4209519. Polisa została wystawiona 19 czerwca 2019 r. na okres ubezpieczenia od 26 czerwca 2019 r. do 25 czerwca 2020 r.

Po dokonaniu analizy dokumentów Zamawiający stwierdził, że z przedłożonej kopii polisy ubezpieczeniowej wynika, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną 600 tys. zł, a nie na kwotę minimalną 1 mln zł, jak wymagał Zamawiający. 16 lipca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia oraz uzupełnił dokumenty, w tym kopię aneksu do polisy nr 19043/4246234 sporządzonego 16 lipca 2019 r. Z treści aneksu wynikało, że strony zawierające umowę ubezpieczenia dokonują zwiększenia sumy gwarancyjnej z kwoty 600 tys. zł do kwoty 1 mln zł. W treści przedstawionego aneksu zaznaczono, że zmiana w zakresie rozszerzenia ochrony ubezpieczeniowej polegająca na

zwiększeniu sumy gwarancyjnej obowiązuje od 17 lipca 2019 r. Zamawiający stwierdził więc, że wykonawca nie wykazał za pomocą złożonych dokumentów spełniania warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 mln PLN i zobligowany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty. W zawiadomieniu o wykluczeniu Zamawiający przedstawił szczegółowo uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności. Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zawarte w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wymagał od wykonawców, aby wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 mln złotych nastąpiło przez przedstawienie stosownego dokumentu. Przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty w postaci polisy wystawionej 19 czerwca 2019 r. oraz aneksu do tejże polisy sporządzonego 16 lipca 2019 r. nie potwierdzały, że Odwołujący na dzień złożenia oferty, tj. 27 czerwca 2019 r., jak również na dzień wskazany w wezwaniu do złożenia dokumentów, tj. na 10 lipca 2019 r., posiadał ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 1 mln zł. W treści przedstawionego aneksu do polisy z 16 lipca 2019 r. zaznaczono, że zmiana w zakresie

rozszerzenia ochrony ubezpieczeniowej polegająca na zwiększeniu sumy gwarancyjnej OC obowiązuje od 17 lipca 2019 r.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że przedstawiona na drugie wezwanie Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) kopia aneksu do polisy, sporządzonego 16 lipca 2019 r., zwiększającego z dniem 17 lipca 2019 r. sumę gwarancyjną OC z kwoty 600 tys. zł do kwoty 1 min zł, stanowiła aktualny dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Odwołującego. Zamawiający stoi na stanowisku, że także w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą być wystawione z datą bieżącą, lecz powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia potwierdzonych wstępnie w oświadczeniach złożonych z ofertą. Z przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika, na jaki dzień informacje złożone w oświadczeniu załączonym do oferty mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dzień składania ofert). A zatem to dzień składania ofert Zamawiający zobowiązany był brać pod uwagę przy ocenie przesłanek spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego jest to zgodne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dyrektywą zobowiązującą do przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący załączył do odwołania kopię, nieznanego wcześniej Zamawiającemu, aneksu do polisy OC, rzekomo sporządzonego w 25 czerwca 2019 r,. zawartego pomiędzy Odwołującym a przedstawicielem działającym w imieniu COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń S. A. Vienna Insurence Group, z którego wynika zwiększenie sumy gwarancyjnej do 1 min zł, z terminem obowiązywania od 26 czerwca 2019 do 25 czerwca 2020 r. Odwołujący w sposób niewiarygodny usprawiedliwia nieprzedstawienie Zamawiającemu tego dokumentu na skierowane do niego wezwanie bałaganem organizacyjnym w firmie wynikającym z sezonu urlopowego. Niezależnie jednak od faktycznej daty sporządzenia tego dokumentu, nie może on mieć żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty .

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem ściśle sformalizowanym. Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny zostać przedstawione Zamawiającemu w terminie wskazanym w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ostatecznie w terminie wskazanym w wezwaniu na podstawie art.

26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie dopełni! tego obowiązku w wyznaczonym terminie, co w konsekwencji musiało skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wezwań do przedstawienia dokumentów oraz daty złożenia i treść dokumentów złożonych przez Odwołującego) nie jest sporny między Stronami. Stan faktyczny został poprawnie i wyczerpująco przedstawiony w stanowiskach Stron, zatem - jako niesporny - nie będzie ponownie opisywany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania polisy OC o wartości 1 min złotych oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne odrzucenie oferty.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Z art. 22c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych

wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający powołał się też na art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jak Izba wskazywała już wielokrotnie w swoich orzeczeniach, w przypadku przetargu nieograniczonego to art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest prawidłową podstawą prawną związaną ze stanem odrzucenia oferty jako konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ma natomiast zastosowanie do tych trybów postępowań, w których stosuje się indywidualne zaproszenia do składania ofert albo oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy wcześniej nie wykluczeni z udziału w postępowaniu, jak np. przetarg ograniczony, zapytanie o cenę, negocjacje bez ogłoszenia. Przepis ten jest w takim przypadku samodzielną podstawą odrzucenia oferty.

Jednak powołanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy, która w przypadku przetargu nieograniczonego nie jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, zamiast lub obok art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma konsekwencji praktycznych, dlatego jest jedynie nieznaczącym błędem formalnym, nie mającym wpływu na wynik postępowania.

Tym samym należy przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający nieprawidłowo przywołał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale nie ma to wpływu na wynik postępowania, zatem nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba

uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała bowiem, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania, podając prawidłową podstawę prawną swojej czynności.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej

z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż milion złotych (rozdział 9. ust. 2 pkt 2 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia), na potwierdzenie czego wezwany wykonawca miał przedstawić kopię polisy ubezpieczeniowej OC lub dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia nie mniejszą niż 1 min PLN (rozdział 10. ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący powinien był więc wykazać, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1 min PLN, a wykazanie to miało nastąpić za pomocą stosownej polisy (inne dokumenty nie były przedstawiane, zatem możliwość ta zostanie pominięta).

Jak wynika wprost z treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie tylko warunek udziału w postępowaniu musi spełniać, ale musi to spełnianie wykazać zamawiającego. W konsekwencji - wykazanie to powinno nastąpić w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w terminach wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniach do przedstawienia dokumentów - skierowanych na podstawie art. 26 ust. 2, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszystkie później przedstawiane dokumenty, w tym podczas postępowania odwoławczego, są dokumentami spóźnionymi.

Nie ma też znaczenia, jakie dokumenty dany wykonawca miał - jeśli nie przedstawił ich zamawiającemu - ani z jakich powodów organizacyjnych ich nie przedstawił. Zamawiający bowiem dokonuje oceny na podstawie tych dokumentów, które mu przedstawiono.

Tak też zrobił Zamawiający w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący przedstawił początkowo kopię polisy z 19 czerwca 2019 r. na okres ubezpieczenia od 26 czerwca 2019 r. do 25 czerwca 2020 r. na kwotę 600 tys. złotych, a następnie kopię aneksu do polisy z 16 lipca 2019 r., w której dokonano zwiększenia sumy gwarancyjnej z kwoty 600 tys. zł do kwoty 1 min złotych z okresem obowiązywania od 17 lipca 2019 r. do 25 czerwca 2020 r.

Dokument ten nie spełnia wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego - podjętym zresztą w ślad za przywołanymi orzeczeniami Izby - że w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jest to pogląd w pewnym uproszczeniu, ponieważ ostatecznie zależy to od rodzaju oraz sposobu sformułowania warunku (inaczej będzie np. w przypadku wymogu doświadczenia liczonego „wstecz", czy złożenia nieprawdziwych informacji, również później mogą nastąpić podstawy do wykluczenia) - natomiast ma wprost zastosowanie w niniejszej sprawie: Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia OC na stosowną kwotę i takie ubezpieczenie powinno być posiadane w chwili składania oferty, jak i w chwili przedstawiania dokumentów na potwierdzenie (polisy).

Należy przy tym zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy - wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia, na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści (lub dokument o innej

nazwie, lecz tym samym charakterze). Bez owej umowy (polisy), ubezpieczenie nie istnieje, albo nie istnieje na danych warunkach.

Jest to inna sytuacja niż wydanie zaświadczenia przez organ skarbowy, ZUS czy informacji z KRK - tam dany stan (niezaleganie z podatkami i składkami, niekaralność) istnieje niezależnie od uzyskania zaświadczenia. Dlatego też data zaświadczeń tego typu w praktyce jest traktowana w nieco inny sposób.

W ocenie Izby również treść art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.

25 ust. 1.") nie stanowi podstawy do „przesunięcia" terminu spełniania warunku udziału w postępowaniu na późniejszy niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Owszem, składane zamawiającemu dokumenty mają być „aktualne" na dzień ich złożenia, ale (poza całą kwestią wystawiania zaświadczeń czy informacji z KRK, która nie dotyczy niniejszej sprawy) oznacza to m.in., że nie mogły się one „zdezaktualizować" przed ich złożeniem w tym znaczeniu, że pomimo prawidłowej daty ich wystawienia przestały przedstawiać prawdziwy stan faktyczny, np. osoba przestała być osobą niekaraną lub wykonawca posiada zaległości podatkowe po dniu wystawienia zaświadczenia.

Podobnie wezwanie do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów na podstawie art.

26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy do stwierdzenia możliwości zmiany daty spełniania wymogów - jest to tylko dodatkowy termin na przedstawienie prawidłowego dokumentu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 10.000 zł.

Przewodniczący: .....