Sygn. akt: KIO 707/16

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę - **Przedsiębiorstwo Miejskie M. spółka akcyjna, Al. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Z. M. ds. E., ul (…)**

przy udziale wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „W." E. W., ul. (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **- Przedsiębiorstwo Miejskie M. spółka akcyjna, Al. (…)** i:
1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **- Przedsiębiorstwo M. spółka akcyjna, Al. (…)** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza kwotę **1.076 zł 40 gr** (słownie: jeden tysiąc siedemdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy) od wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Miejskie M. spółka akcyjna, Al. (…)** na rzecz zamawiającego – **Z. M. ds. E., ul. (…)** stanowiącą koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz koszty noclegu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Bielsku Białej.**

……

Sygn. akt: KIO 707/17

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Miejskie M. spółka akcyjna z siedzibą w D. G. [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] przez Zamawiającego – Z. M. ds. E. z siedzibą w Ż., którego przedmiotem jest „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w gminie J. (M., S. M., P. W.) - Kontrakt 18a". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. 2016/S 213-387451 w dniu 4 listopada 2016 r. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, dokonał wyboru oferty, jako najkorzystniejszej wykonawcy P.P.U.H. W. E. W. nieprawidłowo z naruszeniem art 91 ustawy Pzp, albowiem wykluczył z postępowania wnoszącego odwołanie wykonawcę i uznał jego ofertę za odrzuconą z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazał także na naruszenie art. 7 ustawy Pzp, z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców. Mając na względzie opisane zarzuty, wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy P.P.U.H. W. E. W. oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za

odrzuconą; (2) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego; (3) przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów, (4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący stwierdził także, że posiada legitymację z art. 179 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia, istnieje możliwość uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyniku czynności, niezgodnych z ustawą Pzp, Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22c ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp podał, że oferta Odwołującego w dniu 17 lutego 2017 r. została wybrana jako najkorzystniejsza. Na skutek odwołania wniesionego przez konkurenta, KIO w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., w sprawie KIO 379/17 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym oferty odwołującego. KIO zakwestionowała prawidłowość polisy OC wnoszącego odwołanie (wymóg posiadania polisy OC od prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł wynikał z § 6 ust. 2 pkt 2.3 SIWZ). Polisa OC odwołującego nr 6KA 0319 0001 w zakresie podwyższonej kwoty (8.000.000,00 zł) dotyczyła wyłącznie ubezpieczenia prowadzonej działalności odwołującego

związanej z konkretnym zamówieniem - tj. zamówieniem, o które ubiega się obecnie odwołujący. KIO uznała, że polisa OC ma obejmować ubezpieczenie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie dotyczyć konkretnego przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający, wykonując powyższy wyrok KIO, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 15 marca 2017 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia prawidłowej polisy OC. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył aneks nr 6A5 0319 0001 do polisy ubezpieczeniowej 6KA 0319 0001, obejmujący ubezpieczenie OC od prowadzonej działalności związanej ż przedmiotem zamówienia na kwotę 8.000.000,00 zł, gdzie okres ochrony rozpoczynał się od dnia 16 marca 2017 r. Zamawiający w dniu 31 marca 2017 r. wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając w/w czynność stwierdził, że wykonawca - w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - złożył aneks nr 6A5 03l9 0001 do polisy ubezpieczeniowej 6KA 03)9 0001, obejmujący ubezpieczenie OC od prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, który nie potwierdzał posiadania ubezpieczenia OC od prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania oferty (4 stycznia 2017 r.) oraz na dzień złożenia dokumentów w trybie z art. 26 ustawy Pzp tj. dzień 8 lutego 2017 r. Wskazany wyżej aneks nr 6A5 03l9 0001 do polisy ubezpieczeniowej 6KA 03l9 0001 obowiązywał bowiem od dnia 16 marca 2017 r. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego § 6 ust. 2 pkt 2.3 SIWZ.
Z poglądami Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Jego zdaniem, Odwołujący nie musiał składać polisy OC z ochroną ubezpieczeniową, rozpoczynającą się według stanu z dnia składania ofert, czy według stanu obowiązującego w momencie składania dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej jest już nieaktualne. Wszystkie wyroki zostały bowiem wydane przed nowelizacją ustawy Pzp, implementującej dyrektywę 2014/24/UE. Nie mogą one stanowić potwierdzenia słuszności stanowiska Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego (…) *w procedurze odwróconej, którą Zamawiający zdecydował się zastosować (zgodnie z § 8 ust. 5 SIWZ), ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje na samym końcu. Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Procedura ta polega zatem na tym,* że *Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku*

podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ. W pierwsze] kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda *przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. W brzmieniu ustawy Pzp obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r. przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowił,* że *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba* że *mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Jednak aktualnie powołany przepis fart. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zawiera już takiej regulacji (tj. według jakiego stanu faktycznego 1 prawnego wykonawca ma złożyć poprawione dokumenty, co w oczywisty sposób* świadczy *o zasadniczej zmianie postępowania w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu I braku podstaw do wykluczenia. Błędne jest rozumowanie Zamawiającego zasadzające się na tym, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Posługiwanie się tego rodzaju argumentacją stanowi zaprzeczenie idei nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., która opiera się na tym;* że *w przypadku zastosowania procedury odwróconej, wykonawca na etapie składania ofert składa jedynie oświadczenie, które stanowi wstępne potwierdzenie,* że *wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz,* że *spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dopiero gdy oferta danego wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą to wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oparte o treść art. 26 ustawy Pzp, jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów, z tym zastrzeżeniem,* że *mają one być aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Z powyższego wypływa oczywisty wniosek,* że *ustawodawca zmienił zasady postępowania w tym zakresie, przez odstąpienie od* żądania *w toku postępowania (a zatem w praktyce nawet kilka miesięcy po terminie składania ofert) dokumentów aktualnych na dzień składania ofert. Przedkładane przez*

zwycięskiego wykonawcę dokumenty, na podstawie art. 26 ustawy Pzp, mają być dokumentami aktualnymi na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Co nie oznacza wcale, że *nie mogą to być dokumenty wystawione po dacie składania ofert. Stanowisko odwołującego znalazło odzwierciedlenie w wyroku KIO z 19 grudnia 2016 r., KIO 2249/16."* Dalej podał, że (…) *skoro wykonawca nie musi składać dokumentów według stanu na dzień składania ofert w odpowiedzi na wezwanie z 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp, to w odpowiedzi na wezwanie z 26 ust. 3 ustawy Pzp (wystosowane po wezwaniu z art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp), też takich dokumentów składać nie musi. Skoro odwołujący mógł złożyć polisę z ochroną ubezpieczeniową po terminie składania ofert w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, to tym bardziej mógł złożyć polisę z ochroną ubezpieczeniową po terminie składania ofert. Zamawiający powinien zaakceptować polisę ubezpieczeniową OC, obowiązującą od dnia 16 marca 2017 r.".* Dalej podkreślił, że *„Odwołujący nie był zobowiązany do składania dokumentów potwierdzających stan z dnia składania ofert. W ocenie odwołującego nie powinno ulegać także wątpliwości,* że *odwołujący nie miał obowiązku złożenia dokumentów aktualnych według stanu z dnia 8 lutego 2017 r. (tj. według stanu z odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Obecna regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje,* że *uzupełnianie, poprawiane czy też złożone dokumenty mają potwierdzać okoliczności na jakiś konkretny moment wcześniejszy niż dzień ich uzupełnienia, poprawienia czy złożenia. W szczególności nie określają,* że *mają one potwierdzać stan z dnia składania ofert, czy z dnia składania odpowiedzi na wezwanie art. 26*

ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca, świadomie *zrezygnował z konstrukcji sztywnego terminu aktualności dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konstrukcja była problematyczna m.in. z tego względu,* że *zamawiający nie mógł interesować się faktyczną sytuacją, wykonawcy po otwarciu ofert. Należy założyć,* że *dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp muszą być aktualne na dzień ich składania. Zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE zamawiający ma prawo badać sytuację wykonawców w każdym momencie przed podpisaniem umowy. Wspomniana dyrektywa mówi o tym,* że *zamawiający ma mieć najbardziej aktualne informacje (motyw 84 oraz motyw 85 w/w dyrektywy). Koresponduje z tym celem wspomniany art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp pozwalający na wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 26 ust. 2f ustawy Pzp przyznający zamawiającym prawo do* żądania *dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dowolnym momencie, jeżeli poprzednie utraciły aktualność. Sytuacja wykonawcy badana jest na każdym etapie poprzedzającym podpisanie umowy, po to aby zamawiający miał pewność* że *w chwili zawierania umowy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy. Ponadto, zgodnie z art. 145a pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może rozwiązać umowę w*

sprawie zamówienia publicznego, jeżeli wykonawca w chwili podpisania umowy podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro celem prawodawcy unijnego i krajowego było zapewnienie zamawiającemu dostępu do jak najbardziej aktualnych dokumentów, to nie do pogodzenia z tym celem jest brak akceptowania dokumentu, który jest najbardziej aktualny, a zarazem domaganie się dokumentów potwierdzających określony stan historyczny. Żądanie *takie jest zresztą sprzeczne z postulatem odformalizowania procedur udzielania zamówień publicznych, co było nadrzędną ideą uchwalenia dyrektywy 2014/24/UE oraz nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r.* Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy (…) *odwołujący - w odniesieniu do ubezpieczenia OC - nie był uprawniony do składania dokumentów potwierdzających stan z przeszłości. O ile zasadniczo jest to możliwe np. dla zdolności kredytowej, wysokości posiadanych* środków, *o tyle nie można pozyskać ubezpieczenia, obejmującego historyczny okres. Skoro KIO zanegowało pierwotną polisę OC, złożoną w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący nie miał innej możliwości niż złożyć aneks do tej polisy, obejmujący okres ochronny od dnia wezwania do uzupełnienia, wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w przedmiotowym przypadku od dnia 16 marca 2017 r.). Trudno oczekiwać, aby odwołujący utrzymywał dodatkową, kosztowną polisę OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wypadek zakwestionowania polisy OC złożonej wraz z ofertą. Natomiast powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie polisy OC po wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz złożenie polisy podmiotu trzeciego z wymaganym przez Zamawiającego historycznym okresem ochrony mogłoby natomiast zostać uznane za niedopuszczalną zmianę treści oferty i stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego - art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (takiego działania nie zaakceptował np. Rzecznik Generalny M. B. w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. do sprawy C-387/14, pod rządami poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE)".*

Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stwierdził, że to naruszenie jest skutkiem bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z tego postępowania.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego dotyczącego przedkładania przez wykonawcę krótkoterminowych aneksów do umowy ubezpieczenia wskazał, że (…) *ta okoliczność nie ma jakiegokolwiek znaczenia w* świetle *ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie określają bowiem, jak długo ma obowiązywać polisa ubezpieczeniowa. Zamawiający nie może uzurpować sobie prawa do oceniania, czy polisa OC ma charakter pozorny, czy jest ważna, skuteczna itp. Polisa oraz aneksy do niej zostały bowiem wystawione zgodnie z obowiązującymi przepisami przez uprawniony do tego podmiot, działający na podstawie*

przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej i posiadający stosowne zezwolenia. Nie ma żadnych *podstaw do twierdzenia,* że *aneksy do polisy są pozorne, albowiem nie zostały*

spełnione przesłanki z art. 83 Kodeksu cywilnego. Gdyby odwołujący nie był zdolny do uzyskania polisy OC z odpowiednim zakresem oraz kwotą, to wówczas ubezpieczyciel nie wystawiałby tylu aneksów. Odwołujący posiada odpowiednią zdolność do pozyskania stosownej polisy oraz zdolność jej opłacenia".

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stwierdził, że „Zamawiający, *prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów* żądanych *przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych".* Dalej podał, że „W *przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy P.P.U.H. W. E. W., na skutek błędnego założenia,* że *odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający zaniechał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo iż to ona była w rzeczywistości tą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Pzp. W ten sposób Zamawiający naruszył powołane wyżej przepisy".*

Reasumując stwierdził, że „W konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył również art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego oraz w wyborze oferty P.P.U.H. W. E. W. jako najkorzystniejszej. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom bez jakichkolwiek preferencji. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca P.P.U.H. W. E. W. {Przystępujący], podnosząc nie zasadność tego odwołania i wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności, co następuje:

Wykonując wyrok KIO z 14 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 353/17 i KIO 379/17 unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, a następnie w dniu 15 marca 2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 8.000,000 zł. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył 17 marca 2017 r. Aneks nr 6A5 0319 0001 do polisy Nr 6KA 0319 0001, który nie zawierał niedozwolonej klauzuli, ale jego termin obowiązywania rozpoczynał się w dniu 16 marca 2017 r. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, czyli na dzień 4 stycznia 2017 r. (zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp) oraz na dzień złożenia dokumentów w wyniku wezwania art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, czyli na dzień 8 lutego 2017 r., w związku z czym wykonawca został wykluczony, a jego oferta została uznana za odrzuconą. Podkreślił, że „Istota uzasadnienia odwołania sprowadza się do argumentacji Odwołującego, iż mógł w odpowiedzi na wezwanie przedłożyć nowy aneks do polisy ubezpieczeniowej zawarty dopiero po wydaniu wyroku KIO w sprawie oraz po wezwaniu go o uzupełnienie przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego zezwala, mu na to tzw. odwrócona procedura według art. 24aa ustawy Pzp, zgodnie z którą prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Argumentacja ta jednak sprowadza się, do polemiki na temat aktualnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a pomija fakt obowiązujących regulacji określających terminy potwierdzenia spełniania warunku udziału w posterowaniu". Zdaniem Zamawiającego, wykonawca musiał potwierdzić spełniane warunku udziału w postępowaniu nie dopiero na dzień 16 marca 2017 r., ale również na dzień 4 stycznia 2017 r,, czyli dzień upływu terminu składania ofert. Wskazał na art. 25a ust. 1 Pzp, który stanowi m.in., że: „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."

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba nie znalazła podstaw prawnych do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym także tych, o których stanowi jego pkt 4 i 5 ustawy Pzp. W tym przypadku Przystępujący wykonawca wskazał na okoliczności podniesione w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 379/17 oraz na okoliczności rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 marca 2017 r. wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 353/17 i KIO 379/17 i następnie jego wykonanie przez

Zamawiającego. W myśl punktu 4 art. 189 ust.2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: „odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;", a w przypadku punktu 5 tego przepisu, gdy „odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (..). W sprawie o sygn. akt: KIO 379/17 wnoszącym odwołanie był wykonawca P.P.U.H. W. E. W., a Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2017 r. w zakresie tej sprawy związanej ze sporną polisą ubezpieczeniową i zawartymi do niej aneksami uwzględniła odwołanie i: (1) nakazała unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Miejskiego M. spółka akcyjna z D. G. oraz (2) nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu tego orzeczenia (str 20 i nast.) stwierdzono, że Przedsiębiorstwo Miejskie M. spółka akcyjna z D. G. nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 mln złotych. Podstawą uznania przez KIO, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku było uznanie, że w Aneksie 6A3 (….) z dnia 27.12.2016 r. do polisy ubezpieczeniowej zawarto niedopuszczalną klauzulę ograniczającą ważność polisy tylko do „postępowania przetargowego na wykonanie zadania „Budowa, sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w gminie J.(M., S. M., P. W.) - kontrakt 18a". Zgodnie ze stanowiskiem KIO, Zamawiający nie mógł zatem dokonać wyboru oferty tego wykonawcy, ale powinien zastosować art 26 ust. 3 Pzp, który to przepis w przypadku „Jeżeli *wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości* (...) wymaga, aby zamawiający wezwał wykonawcę (…) *do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba* że *mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania".* W związku z tym KIO stwierdziła, że (…) *należy uznać czynność wyboru tego wykonawcy jako niezgodną z przepisami I należy unieważnić czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy M. oraz nakazać powtórzenie czynności, badania i oceny ofert".* Wykonując wyrok, Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie w dniu 15 marca 2017 r., wezwał Przedsiębiorstwo Miejskie M. S.A. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca - Przedsiębiorstwo Miejskie M. S.A. - złożył nowy aneks do umowy ubezpieczenia zawarty z datą 16 marca 2017 r., który nie zawierał uznanej za niedopuszczalną klauzuli ograniczającej jego moc tylko do „postępowania przetargowego", oraz dokument wystawiony również 16 marca 2017 r. zatytułowany „Certyfikat do polisy nr

6KA 0319 0001 wraz z późniejszymi aneksami". Te okoliczności – nowe dokumenty - stały się podstawą oceny spełniania warunków, a w konsekwencji stanowiły podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust 1 pkt 3 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, co nie było nakazane wyrokiem KIO. Tym samym powyższe ustalenia nie potwierdzają, przesłanek z punktu 4 i 5 art. 189 ust. 2 Pzp, albowiem wnoszącym odwołanie nie był wykonawca - Przedsiębiorstwo Miejskie M. S.A., a w przypadku punktu 5 „odwołanie nie dotyczy tożsamych czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby".

Rozpoznając zarzuty z przedmiotowego odwołania Izba uznała, że kluczowy zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w piśmie z dnia 31 marca 2017 r. - w zakresie spornym - informując wykonawcę o wykluczeniu z postępowania oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą podał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2016 r. Przedsiębiorstwo Miejskie M. S.A. złożyło w dniu 17 marca 2017 r. pismo, w którym wykonawca nie zgodził się z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej i podtrzymał swoje stanowisko, co do prawidłowości uprzednio złożonych dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, ale jednocześnie stwierdził, że „z uwagi na wątpliwości mogące powstać" składa dodatkowo nowy aneks zawarty do umowy ubezpieczenia. Aneks ten opatrzony datą 16 marca 2017 r., [zawarty po wydaniu przez KIO wyroku w przedmiotowej sprawie] nie zawierał - uznanej przez KIO za niedopuszczalną - klauzuli ograniczającej jego moc tylko do przedmiotowego „postępowania przetargowego". Wykonawca złożył również dokument zatytułowany „Certyfikat do polisy nr 6KA 0319 0001 wraz z późniejszymi aneksami". Certyfikat ten został wydany również z datą 16.03.2017 r. Odnośnie treści tego „Certyfikatu", Zamawiający stwierdził, że ten dokument odnosi się ogólnie do wszystkich aneksów do polisy nr 6KA 0319 0001 i z uwagi na ich oznaczenie 6A3 i 6A5, sugerujące, że były wydane również inne aneksy do tej polisy oznaczone numerami 6A1, 6A2 i 6A4, wezwał wykonawcę - na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do wyjaśnienia, czy poza przekazanymi aneksami 6A3 i 6A5 były zawarte również inne aneksy do polisy nr 6KA 0319

0001, a jeżeli tak to jaka była ich treść. W odpowiedzi wykonawca przyznał, że były wydane inne aneksy i załączył je do pisma. Na podstawie wskazanych dokumentów, Zamawiający stwierdził, że pomimo złożonych uzupełnień i wyjaśnień, wykonawca nadal nie potwierdził spełniania warunku posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 mln zł. Wskazał, że wykonawca - zgodnie z postanowieniami specyfikacji - był zobowiązany złożyć oświadczenie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia. Oświadczenie to musiało być aktualne na dzień składania ofert (art. 25a ust. 1 ustawy Pzp). Dzień składania ofert został wyznaczony na 4 stycznia 2017 r. W części IV, sekcji B, punkcie 5) JEDZ, wykonawca oświadczył, że w ramach ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego jest ubezpieczony na kwotę 8 mln zł. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca został wezwany do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek wykluczenia. Dniem złożenia tychże oświadczeń i dokumentów był 8 lutego 2017 r. Oznacza to, że również dokument złożony w ramach wezwania z art. 26 ust. 3 musiał być aktualny zarówno na dzień 4.01.2017 r. jak i 8.02. 2017 r. Wykonawca złożył tymczasem kopię aneksu nr 6A5 0319 0001, którego okres obowiązywania rozpoczynał się 16.03.2017 r., a więc nie mógł być uznany przez Zamawiającego, jako potwierdzający spełnienie warunku posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 mln zł. Także, zdaniem Zamawiającego, „Certyfikat do polisy nr 6KA 0319 0001 wraz z późniejszymi aneksami", nie mógł być uznany za potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień 4.01.2017 oraz 8.02.2017 r. Jego treść została sformułowana w sposób, który nie usuwał, jednoznacznego zastrzeżenia z Aneksu nr 6A303190001 z dnia 27 grudnia 2016 r., a lakoniczne stwierdzenie, że Przedsiębiorstwo M. S.A. jest ubezpieczone w zakresie odpowiedzialności cywilnej w związku z realizacją

m.in. przedmiotu zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w gminie J. (M., S. M., P. W.) Kontrakt 18a Nr referencyjny PN 13/2016" nie zmienia faktu, że wykonawca nie posiadał na wymagane dni poprawnego ubezpieczenia OC, tj. takiego które by potwierdzało jego ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie tylko ograniczało się do „postępowania przetargowego".

Izba zgodziła się z decyzją Zamawiającego, że wnoszący odwołanie wykonawca, przedkładając - na wezwanie z dnia 15 marca 2017 r. na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp - wskazany Aneks i Certyfikat nie potwierdził - określonego w § 6 ust. 2 pkt 2.3 SIWZ -

warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 mln zł.

Aneks 6A5 0319 0001, który wykonawca przedłożył na potwierdzenie przedmiotowego warunku zawarty 16 marca 2017 r., [po wydaniu przez KIO wyroku z dnia 14 marca 2017 r.] w istocie nie zawierał klauzuli ograniczającej jego moc tylko do przedmiotowego „postępowania przetargowego", uznanej przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 354/17 i 379/17 za niedopuszczalną, jednakże w treści Aneksu wskazano na okres jego obowiązywania od dnia 16 marca 2017 r. To oznacza, że zmiana sumy gwarancyjnej odpowiedzialności cywilnej – jej podwyższenie do kwoty 8 mln zł – w umowie ubezpieczenia, której dotyczy Polisa nr 6KA 0319 0001 nastąpiło od dnia 16 marca 2017. Zatem wykonawca ten nie wykazał tym Aneksem, że na dzień składania ofert – 4 stycznia 2017 r. – spełniał sporne wymaganie specyfikacji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że aktualna treść art. 26 ust. 3 Pzp pozwala uznać, że ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby składane na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały - spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu [czy spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - stan z dnia, w którym upłynął termin składania ofert. Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, do którego odwołuje się wskazany art. 26 ust.3, dokument JEDZ jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenie dotyczy stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki. Nie można zatem przepisu art. 26 ust.1 oraz art. 26 ust.3 ustawy Pzp i „aktualności" wymaganych dokumentów interpretować w oderwaniu od złożonego

oświadczenia. Wprowadzenie rozwiązania, opierającego się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w JEDZ, bez wątpienia miało na celu odformalizowanie postępowania i zwolnienie wykonawców od kompletowania dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia, o które ubiega się wykonawca, jednakże wykonawca wezwany jest zobowiązany potwierdzić stosowne fakty, których dotyczy oświadczenie, wymaganymi w postępowaniu dokumentami o treści korespondującej z terminem składania ofert. Na powyższe wskazuje także – wbrew interpretacji Odwołującego - powoływany w odwołaniu przez tego wykonawcę wyrok KIO 2249/16. Izba zwraca także uwagę na art. 26 ust.2f

ustawy Pzp, zgodnie z którym: „2f. *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów".* Izba wskazuje również na art. 59 ust.1 i 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., który odnosi się do prezentowanego stanowiska. W myśl ust.1 tego artykułu: „W *chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z poniższych warunków: a) nie znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni; b) spełnia stosowne kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58; c) w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone zgodnie z art. 65.",* a w myśl ust.4 zdanie 2: „Przed *udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca (….) wymaga, aby oferent, któremu postanowiła udzielić zamówienia, przedłożył aktualne dokumenty potwierdzające zgodnie z art. 60 oraz, w stosownych przypadkach, z art. 62. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62".* Z powyższego wynika, że termin „aktualne dokumenty" i ich żądanie może odnosić się do okresu ważności danego dokumentu, jak i potwierdzenia ciągłości faktów objętych oświadczeniem złożonym w JEDZ, począwszy od daty składania ofert.

W niniejszej sprawie, w przypadku takiego dokumentu jak polisa OC, wykonawca dla udokumentowania spełniania warunku mógł przedstawić inny dokument ubezpieczeniowy, jednakże dotyczący ochrony ubezpieczeniowej od 4 stycznia 2017 r. lub dokument potwierdzający ciągłość takiej ochrony. Aneks obowiązujący od daty 16 marca 2017 r. nie

stanowi potwierdzenia ciągłości ochrony ubezpieczeniowej od 4 stycznia br w ramach Polisy 6KA 0319 0001. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że do dnia 16 marca 2017 r. nie posiadał i nie posiada innej polisy OC, ponad tą, która została przesłana Zamawiającemu.

Izba zgodziła się również z Zamawiającym, że „Certyfikat do polisy nr 6KA 0319 0001 wraz z późniejszymi aneksami", nie mógł być uznany za potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień 4 stycznia, czy na dzień 8 lutego 2017 r. Przede wszystkim nie jest to dokument ubezpieczeniowy, mogący zastąpić – na podstawie art. 26c ustawy Pzp - Polisę lub aneks do takiej polisy. Wskazany przepis, na który powoływał się Odwołujący w toku rozprawy odnosi się wyłącznie do sytuacji określonych tym przepisem, a mianowicie: „Jeżeli *z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji".* Ponadto treścią tego dokumentu oznaczonego jako „Certyfikat" ubezpieczyciel nie mógł rozszerzyć ochrony ubezpieczeniowej – jego odpowiedzialności - na wymaganą od dnia 4 stycznia 2017 r. kwoty 8 mln zł, wyraźnie zaznaczając w ostatnim akapicie, że (…) *zapisy niniejszego certyfikatu nie ograniczają i nie poszerzają zakresu ochrony ubezpieczenia udzielonej przez PZU".*

Reasumując, Izba stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2017 r. w związku z wyrokiem KIO z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 354/17 i KIO 379/17, nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8.000.000 zł na dzień składania ofert. To oznacza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust 1 pkt 3 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu, a w konsekwencji także nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz zarzut dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.P.U.H. W. E. W. z naruszeniem art 91 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,

art. 22c ust 1 pkt 3 ustawy Pzp a także zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

15

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) - uznając za uzasadnione koszty dojazdu i noclegu pełnomocników zamawiającego.

.....

16