

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Badawczo -Wdrożeniowe „OLMEX” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: ENEA Operator sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Przedsiębiorstwa Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i:

- nakazuje zamawiającemu: ENEA Operator sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Badawczo - Wdrożeniowego „OLMEX” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo,

- nakazuje temu zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonej przez odwołującego oferty, w tym podmiotowych środków dowodowych,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego ENEA Operator sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Badawczo - Wdrożeniowe „OLMEX” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Badawczo - Wdrożeniowe „OLMEX” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego: ENEA Operator sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Badawczo -Wdrożeniowego „OLMEX” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący**.....

**KIO 1541/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: ENEA Operator sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Rozbudowa i modernizacja 110/20/15 kV Rawicz. Rozbudowa i modernizacja stacji 110/20 kV Góra, nr postępowania RPUZ/P/0703/2023/OD.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 208-652476.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Odwołujący: Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe „Olmex” S.A., ul. Modrzewiowa 58, 11-010 Wójtowo otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, polegających w szczególności na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności wyjaśniających w postępowaniu, w wyniku czego Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego pomimo braku podstaw do powyższego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 229 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp

– poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo tego, że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu;

-art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez ich błędną wykładnię, w konsekwencji czego Zamawiający uznał, iż dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego według stanu na dzień składania ofert, w wyniku czego odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu;

-art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez jego błędną wykładnię, w wyniku czego Zamawiający odmówił jednolitemu europejskiemu dokumentowi zamówienia, złożonemu przez Odwołującego, mocy dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, według stanu na dzień składania ofert;

-art. 128 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez jego błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, w wyniku czego Zamawiający uznał, że przedłożona w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp polisa OC Odwołującego powinna być ważna na dzień składania ofert w postępowaniu;

-art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Zamawiający był w posiadaniu dokumentów potwierdzających, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu według stanu na dzień składania ofert, tzn. polisy OC spełniającej wymogi określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia, ważnej na dzień składania ofert w postępowaniu.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz ponownego przeprowadzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, względnie z koniecznością skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących Polisy nr 998B137677, wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A., z siedzibą w Warszawie, przy ul. Chłodnej 51, przedłożonej przez Odwołującego w postępowaniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu bądź potwierdzenia prawidłowości i aktualności Polisy nr 998B113203 wraz z aneksem nr 1 do niej.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

a)z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu – w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego;

b)z treści dokumentu JEDZ, złożonego przez Odwołującego w postępowaniu – w celu wykazania złożenia przez Odwołującego oświadczenia o spełnieniu wymaganych kryterium kwalifikacji, w tym warunku określonego w pkt 5.1.3 lit a) SWZ;

c)z treści informacji z otwarcia ofert oraz informacji o ocenie ofert po aukcji – w celu wykazania, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert;

d)z treści wezwania z dnia 25 marca 2024 roku do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz z treści wezwania z dnia 8 kwietnia 2024 roku do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – w celu wykazania jakie dokumenty Odwołujący zobowiązany był przedłożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

e)z treści pisma Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2024 r. – w celu wykazania, iż Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w terminie;

f)z treści polisy OC nr 998B137677 wraz z potwierdzeniem opłaty składki - w celu wykazania, iż na dzień składania wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2024 roku, Odwołujący posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia;

g)z treści wiadomości e-mail z dnia 4 maja 2023 roku skierowanej przez Odwołującego do Zamawiającego oraz z treści polisy OC nr 998B113203 wraz z aneksem nr 1 do niej – w celu wykazania, iż Zamawiający posiadał wiedzę, że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu według stanu na dzień składania ofert;

h)z treści załączonego do pisma Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2024 r. zaświadczenia o niezaleganiu w opłacie składek oraz z treści załączonego do pisma Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2024 r. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach – w celu wykazania, iż Zamawiający uznał za wystarczające dokumenty złożone przez Odwołującego, wystawione po terminie składania ofert oraz aktualne na dzień ich przedkładania Zamawiającemu;

i)z treści pisma Zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2024 roku – w celu wykazania podstaw odrzucenia oferty

Odwołującego przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w wysokości wynikającej z określonych przepisów.

W swoim odwołaniu Odwołujący podał następujące szczegółowe stanowisko w sprawie: „...W dniu 27 października 2023 roku, Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) dotyczącą Postępowania. Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony przez Zamawiającego na 22 stycznia 2024 roku, godz. 9:00. Odwołujący złożył ofertę w dniu 19.01.2024 r., czyli przed terminem wynikającym z SWZ oraz z treści ogłoszenia o zamówieniu 2023/S 208-652479 z dnia 27.10.2023 r., z późniejszymi sprostowaniami (dalej: „Ogłoszenie”).

Na podstawie punktu 19 SWZ, w dniu 14 lutego 2024 roku, odbyła się aukcja elektroniczna, w wyniku której oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W konsekwencji powyższego, w dniu 25 marca 2024 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Postępowania wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W tym miejscu podkreślić trzeba, iż Odwołujący nie otrzymał żadnego powiadomienia z Platformy e-Zamówienie o zamieszczeniu rzeczonożego wezwania, pomimo wskazania w formularzu kontaktowym danych umożliwiających przekazanie takiego powiadomienia w drodze wiadomości e-mail. Dlatego też nie udzielił na nie żadnej odpowiedzi. Kolejno, w dniu 8 kwietnia 2024 roku, Zamawiający skontaktował się telefonicznie z przedstawicielem Odwołującego w celu ustalenia powodów braku odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych i tego samego dnia skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na powyższe, w dniu 12 kwietnia 2024 roku Odwołujący przekazał Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe objęte wezwaniem Zamawiającego.

Dnia 22 kwietnia 2024 roku Odwołujący otrzymał pismo Zamawiającego znak: RPUZ/P/0703/2023/OD, zawierające informację o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu, z uwagi na fakt, iż w ocenie Zamawiającego Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż w dniu 8 kwietnia 2024 roku, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 6.5 i pkt 6.7 SWZ, w tym między innymi do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej wyznaczając w tym celu termin do dnia 12 kwietnia 2024 roku oraz że w powyższym terminie Odwołujący przekazał podmiotowe środki dowodowe, w tym między innymi Polisę 998B137677, wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A., z siedzibą w Warszawie, przy ul. Chłodnej 51. Kolejno Zamawiający wskazał, iż z treści w/w polisy wynika, że Odwołujący objęty jest ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej od 01.03.2024 r. do 28.02.2025 r., co z kolei w ocenie Zamawiającego implikuje konieczność uznania, że rzeczona polisa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.3 lit. a) SWZ - na dzień składania ofert. Na potwierdzenie zasadności swojej argumentacji Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1551/19) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2021 r. (sygn. akt 3477/21). Zamawiający podniósł również, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, oparte o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny, w związku z czym zaistniała konieczność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Z powyższymi twierdzeniami Zamawiającego nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z punktem 5.1.3 lit a) SWZ, o udzielenie przedmiotowego zamówienia, mogli ubiegać się wykonawcy, spełniający następujące warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej: wykonawcy ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, obejmującej co najmniej realizację robót budowlanych na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych). Kolejno ponieść trzeba, że zgodnie z punktem 6.2. SWZ wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Następnie Zamawiający w punkcie 6.5 SWZ poinstruował wykonawców, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1. SWZ, Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia

podmiotowych środków dowodowych, to jest: (...) d) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Dowód:Specyfikacja Warunków Zamówienia

Odwołujący wraz z ofertą w Postępowaniu złożył uzupełniony i podpisany JEDZ, w którym zgodnie dyspozycją wynikającą z pkt 6.3 SWZ, w sekcji „alfa” oświadczył, iż spełnia wymagane kryteria kwalifikacji, tym samym spełnia również warunek dotyczący ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty.

Dowód:dokument JEDZ Odwołującego, przedłożony w Postępowaniu

W wyniku przeprowadzanej przez Zamawiającego aukcji, oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, w związku z czym Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów potwierdzających, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia oraz kolejno – z uwagi na brak odpowiedzi Odwołującego na powyższe - wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Dowód:Informacja o ocenie ofert po aukcji.

Wezwanie z dnia 25 marca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie z dnia 9 kwietnia 2024 t. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, przedstawiając podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich składania, w tym w szczególności polisę OC nr 998B137677 wraz z potwierdzeniem opłaty składki, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacie składek oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach. Wymienione w zdaniu poprzednim dokumenty, pozostawały aktualne na dzień ich złożenia, jednakże zostały wystawione po terminie składania oferty w Postępowaniu (odpowiednio: w dniu 29 lutego 2024 roku; 6 marca 2024 roku oraz 29 marca 2024 roku).

Dowód:polisa OC nr 998B137677 wraz z potwierdzeniem opłaty składkizaświadczenie o niezaleganiu w opłacie składek zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach

Dokumenty te zostały ocenione przez Zamawiającego, który w dniu 22 kwietnia 2024 roku podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dowód:pismo Zamawiającego znak RPUZ/P/0703/2023/OD

Podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, iż przedłożona w odpowiedzi na wezwanie, skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, polisa OC nr 998B137677 nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.3 lit. a) SWZ na dzień składania ofert. Jednakże polisa ta nie miała na celu potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wskazany przez Zamawiającego moment, a jedynie na dzień przedłożenia tego dokumentu Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej wykładni art. 125 ust. 1, art. 126 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, w wyniku czego doszedł do wniosku, że przedstawiane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe winny potwierdzać spełnianie warunków udziału na moment składania oferty. Z przepisu art. 125 ust. 3 Ustawy Pzp wynika, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy Pzp, w którym wykonawca oświadcza, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile warunki udziału w postępowaniu zostały określone przez zamawiającego (zob. art. 57 pkt 2 Ustawy Pzp), stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Podmiotowe środki dowodowe są natomiast środkami służącymi potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Podmiotowe środki dowodowe wykonawca składa dopiero na wezwanie zamawiającego (art. 126 i art. 274 ust. 1–3 Ustawy Pzp). Złożone w trybie art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią natomiast potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy Pzp, a przez fakt, że złożone podmiotowe środki dowodowe są aktualne na dzień ich złożenia, muszą potwierdzać, że stan braku podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie uległ zmianie od złożenia oferty. Podkreślić trzeba, że w art. 125 ust. 3 Ustawy Pzp określa się „charakter” oraz kwestie aktualności oświadczenia wstępnego. Wskazuje się, że stanowi ono dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. Odwołujący stawia zarzut, całkowicie pomijając treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym składane na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być "aktualne na dzień złożenia". "Aktualny", zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza "dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym". Zatem, podmiotowe środki

dowodowe, do których należy polisa ubezpieczeniowa OC, składane na wezwanie Zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia. Izba w całości podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3628/21, uznając je za własne. W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że "intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, który konstruował w taki właśnie sposób przepisy ustawy Pzp, było to, aby ocena sytuacji podmiotowej wykonawców odbywała się na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Niezależnie wyposażono także zamawiającego w 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. 126 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający wezwanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, które będą aktualne na dzień ich złożenia. W konsekwencji należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które co nie ulega wątpliwości winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od Zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane". Przedłożona przez Przystępującego polisa OC była dokumentami aktualnym na dzień jej złożenia, potwierdzała bowiem okoliczności na ten właśnie dzień (co jest zgodne z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślenia wymaga, iż w zależności od tego w jakiej dacie Zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie zawsze będą odzwierciedlały stan istniejący w dacie, w której wykonawca składał swoją ofertę. Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Dokument "aktualny" oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, z treści którego będzie wynikało, że na dzień w którym Zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca spełnia wymagany warunek. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Złożony na wezwanie Zamawiającego dokument spełnia wymóg aktualności na dzień jego złożenia. Nie ma zatem podstawy do jego uzupełnienia."

- w wyroku z dnia 3 stycznia 2022 roku (KIO 3628/21) Izba orzekła dodatkowo, iż „Ponadto, jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, był też w posiadaniu dokumentu polisy ubezpieczenia OC nr 1029587445, obowiązującej w okresie od 13 kwietnia 2020 r. do 12 kwietnia 2021 r., która to polisa została przedłożona przez ZUE w jednym z wcześniej prowadzonych przez zamawiającego postępowań. Dokument ten stanowi potwierdzenie, że ZUE spełniało warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej również w kwestionowanym przez odwołującego okresie. Zamawiający przyznał, że nie odnotował ani w protokole prowadzonego postępowania, ani też w formie notatki, że polisą taką dysponuje i, że dokonał weryfikacji spełnienia warunków przez ZUE. Powyższy obowiązek nie wynika jednak ani z treści przepisów ustawy Pzp, ani też z treści protokołu z prowadzonego postępowania i mogłoby mieć znaczenie o tyle, że odwołujący dowiedziałby się o tym, że zamawiający dysponuje takim dokumentem na wcześniejszym etapie tj. zanim sformułował przedmiotowe zarzuty.

Powyższe nie ma jednak znaczenia dla oceny zasadności stawianego zarzutu głównie z powodów wskazanych wcześniej a więc, że podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Tym samym aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia czy też, jak w przypadku polisy OC, z datą jej obowiązywania. Dokument "aktualny" oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych."

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż przedkładając polisę OC nr 998B137677, Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w związku z czym jego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń co do przekazanych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych: zaświadczenia o niezaleganiu w opłacie składek oraz zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach. Całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego jest, dlaczego w przypadku tych dokumentów, aktualnych na dzień ich wystawienia, Zamawiający nie zakwestionował tego, iż nie potwierdzają one stanu na dzień składania ofert. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał słusznej oceny, iż dokumenty te są prawidłowe, w związku z czym w takim sam sposób winien był potraktować polisę OC nr 998B137677. Polisa ta bowiem nie zawierała żadnych informacji, które pozostawałyby w sprzeczności z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w dokumencie JEDZ (który stanowi samodzielny dowód na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu). A tylko w takim przypadku po stronie Zamawiającego powstałby obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów bądź odrzucenia oferty Odwołującego w przypadku uznania, iż wezwanie takie jest niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie zaistniały żadne przeszkody, uniemożliwiające Zamawiającemu skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień dokumentów złożonych przez Odwołującego w Postępowaniu, jeśli Zamawiający miał co do nich jakiegokolwiek wątpliwości. Jest to istotne w szczególności z uwagi na fakt, iż – jak wspomniano wyżej – Zamawiający był w posiadaniu polisy OC ważnej i obowiązującej w dniu składania ofert w Postępowaniu, spełniającej warunki określone w punkcie 5.1.3 lit a) SWZ. Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp dopuszcza potwierdzenie przez wykonawcę, iż posiadane przez zamawiającego środki dowodowe, są prawidłowe i aktualne, to nie ma przeszkód, aby zapytanie w tym zakresie skierował sam Zamawiający. Dlatego też nawet w przypadku uznania, że polisa OC nr 998B137677 była dokumentem niewłaściwym, Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, winien był skierować wezwanie do wyjaśnienia treści tego dokumentu oraz do potwierdzenia polisy OC złożonej przez Odwołującego w związku z zarejestrowaniem w Wykazie Wykonawców Kwalifikowanych, prowadzonym przez Zamawiającego. Nadmienić również trzeba, że zdaniem Odwołującego, wezwanie skierowane w dniu 25 marca 2024 roku winno zostać uznane za niebyłe, z uwagi na brak powiadomienia o jego zamieszczeniu na platformie – co wynika z przyczyn niezależnych od Odwołującego. Odwołujący nie uchylił się bowiem w żadnym momencie od dostarczenia jakichkolwiek dokumentów/oświadczeń w ramach Postępowania. Nie mógł jednak przewidywać, że nastąpi jakiś błąd w funkcjonowaniu Platformy, z związku z czym nie powinien być obciążany konsekwencjami powyższego.

Reasumując, Odwołujący stoi na stanowisku, iż czynności podjęte przez Zamawiającego, w wyniku których Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, były niezgodne z przepisami Ustawy Pzp, w związku z czym wnoszę i wywodzę jak we wstępie.”.

Pismem z dnia 17 maja 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie przedstawiając następujące stanowisko: „...Oferta Odwołującego po przeprowadzonej aukcji elektronicznej została sklasyfikowana jako najkorzystniejsza. W wyniku powyższego Odwołujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust 1 ustawy PZP. Wezwanie to zostało przekazane za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania (platforma e-Zamówienia).

Dowód nr 1 – wydruk ze strony prowadzonego postępowania potwierdzający treść wezwania oraz fakt jego zamieszczenia wraz ze wskazaniem Odwołującego jako adresata.

W tym miejscu wskazuję, że zamawiający otrzymał mailem ze strony ezamowienia.gov.pl (strony prowadzonego postępowania) potwierdzenie mailingu co świadczy, że Odwołujący również musiał otrzymać to zawiadomienie - dowód nr 1c.

W następstwie braku reakcji Odwołującego na w/w wezwanie, Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 128 ust 1 PZP m.in. o złożenie podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wymagane ubezpieczenie. Odwołujący złożył przedmiotowy dokument wskazujący, że jest objęty ochroną ubezpieczeniową od dnia 01 marca 2024. W tym miejscu zaznaczyć należy, że termin składania ofert upłynął w dniu 22 stycznia 2024.

Całość odwołania opiera się de facto na dwóch тезach co do interpretacji prawa – pierwsza to to, że Odwołujący miał prawo przedstawić dokument potwierdzający stosowne ubezpieczenie z datą po terminie składania ofert oraz druga, że skoro już zamawiający uznał, że przedstawiona polisa nie mieści się w wymaganych datach to przecież zamawiający

posiada w swojej dyspozycji inną polisę Odwołującego, której okres obowiązywania trwa do 29 lutego 2024.

Otóż stanowi błędną wykładnię wskazanie jakoby ochrona ubezpieczeniowa mogła rozpoczynać się po terminie składania ofert. Zgodnie z treścią art. 125 ust. 1 PZP, Wykonawca wraz z ofertą składa stosowne oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na podstawie ust. 3 wskazanego przepisu oświadczenie to stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Samo brzmienie literalne tego przepisu wskazuje, że do czasu złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku taki warunek jest wykazany oświadczeniem, które jedynie tymczasowo, a więc w czasie do momentu złożenia innego dokumentu, stanowi dowód, że ów warunek jest już spełniony. Już – czyli w chwili złożenia wskazanego oświadczenia. Idąc dalej za Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V: informacje zawarte w złożonych, poprawionych i uzupełnionych oświadczeniach i dokumentach (np. podmiotowych środkach dowodowych) muszą potwierdzać stan na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, a nie na dzień ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia (potwierdzać, że nadal aktualne są informacje podane w oświadczeniu, o którym mowa w p.z.p.).

Tak również KIO w wyroku z dnia 12 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3477/21) wprost odnosząc się do polisy OC:

W konsekwencji, stwierdzić należy, że pomimo, iż oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Tymczasem treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp przez Odwołującego polisy w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13 lipca 2021r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 mln zł.

Błędnym jest w tym aspekcie, jak czyni to Odwołujący, zestawienie zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, z dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. W treści rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych oraz innych dokumentach lub oświadczeniach, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Ustawodawca przyjął dla zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego (podobnie w zakresie zaświadczenia ZUS) pewnego rodzaju fikcję prawną aktualności dokumentu w terminie 3 miesięcy wstecz od jego złożenia. Oznacza to, że dokument ten jeśli zostanie wystawiony w czasie obliczonym jako 3 miesiące do tyłu od dnia złożenia tego dokumentu, bez względu na to czy wystawienie nastąpi przed czy po terminie otwarcia ofert jest co do zasady dokumentem potwierdzającym stan w chwili otwarcia ofert. W przypadku natomiast dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej takiego domniemania nie ma stąd z jego treści ma wynikać, iż wykonawca jest objęty ochroną ubezpieczeniową w chwili składania ofert, a właściwie powinien utrzymywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu od terminu składania ofert do momentu zawarcia umowy.

Pojęcie aktualności dokumentu w chwili złożenia tego dokumentu nie jest odzwierciedleniem faktu, że dokument ten niejako wytwarza stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedłożony zamawiającemu dokument ma być aktualny natomiast warunek udziału w postępowaniu powinien być spełniany już w chwili składania ofert i rzeczywiście istnieją domniemania aktualności dokumentów lecz nie korzysta z tego potwierdzenie objęcia ochroną ubezpieczeniową - tak też KIO 1200/22 - Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przepisach Prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ww. ustawy, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych

podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z art. 126 ust. 1 ww. ustawy stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Pojęcia „aktualności” dokumentu nie można mylić jednak z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia.

Zresztą sam Odwołujący wskazuje to co wynika z powyższego orzeczenia – na stronie 9 odwołania w pierwszym wierszu: „Pojęcie aktualności, o którym mowa w art. 126 ust 1 Ustawy PZP, odnosi się do środka dowodowego, a nie okoliczności spełniania określonego przez zamawiającego warunku” i jak najbardziej należy się zgodzić w tym aspekcie z Odwołującym- to dokument ma być aktualny natomiast warunek ma być spełniany jak w/w wskazano.

Odwołujący porusza również zagadnienie posiadania przez zamawiającego innej polisy Odwołującego, którą zamawiający powinien wziąć pod uwagę niejako „z urzędu”. Łączy to także z treścią polisy złożonej na wezwanie z art. 128 w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Wskazuje, że ta polisa jest wznowieniem innego, uprzedniego ubezpieczenia. W tym wypadku należy wskazać stanowisko co do treści art. 127 ust 2 ustawy PZP, zgodnie z którym wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Tym samym to nie zamawiający ma poszukiwać w swoich zasobach rzeczoności dokumentu, a ma zostać o nim powiadomiony przez wykonawcę z dodatkowymi aktami staranności jak potwierdzanie prawidłowości oraz aktualności. Tym bardziej w przypadku takiego zamawiającego jak ENEA Operator, która zatrudnia około 5 tys pracowników, ma powołanych wiele zespołów zakupowych, w różnych lokalizacjach – to oznacza, że pracownicy obsługujący dane zamówienie co do zasady pojęcia nie mają czy w zasobach firmy znajdują się dokumenty wykonawcy. Tak też KIO 479/22 - Na wezwanie zamawiającego wykonawca, który chce skorzystać z instytucji art. 127 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, oświadcza, że będące w posiadaniu zamawiającego dokumenty są prawidłowe i aktualne, więc nie ma potrzeby ponownego ich składania. Nie można więc na podstawie omawianej normy odstąpić od obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia, ponieważ dotyczy ona prawa wykonawcy, a nie czynności wezwania dokonywanej przez zamawiającego.

Powyższe potwierdza, że jest to uprawnienie wykonawcy, które on musi zakomunikować zamawiającemu.

W dodatku Zamawiający informuje, że przedmiotowa polisa OC została złożona w wyniku wezwania z art. 128 ust 1. Jej treść wprost wskazuje (pomimo ujętego wyrażenia: Wznowienie polisy: 998B113203) że okres objęcia ochroną ubezpieczeniową to termin od 01.03.2024 r. do 28.02.2025 r.. Zamawiający w tym aspekcie nie miał żadnych wątpliwości co do okresu objęcia ochroną ubezpieczeniową, a ewentualne kolejne wezwanie o przedmiotowy dokument przez zamawiającego nie mogło mieć miejsca z racji jednokrotnego stosowania wezwania z art. 128 ust 1 PZP. Zgodnie z Komentarzem do ustawy Pzp, wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu.

Tak też - KIO 3511/21, Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to również sytuację niewykazania spełniania tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Przy czym taka procedura uzupełnienia lub poprawienia dokumentów może być, z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zastosowana tylko jednokrotnie w odniesieniu do tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów.

W konkluzji należy stwierdzić, że odwołanie podlega oddaleniu.”.

Pismem z dnia 17 maja 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie stwierdzając, że odwołanie podlega oddaleniu.

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

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, ofertę Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 25 marca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wezwania Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2024 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, Polisę OC 998B137677 Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej DUM/KOR/123257/23/MKRA, Polisę OC 998B113203, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 22 kwietnia 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 maja 2024 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 maja 2024 r. oraz jego repliki na odpowiedź na odwołanie z dnia 20 maja 2024 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 125 ust. 1, art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 1, 2, 4, art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia przez niego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że w pkt 5.1.3. lit. a) SWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, obejmującej co najmniej realizację robót budowlanych na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).

Następnie w pkt 6.5. SWZ Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1. SWZ, Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, to jest: dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Izba zauważyła również, że Odwołujący w formularzu JEDZ z dnia 19 stycznia 2024 r. złożył oświadczenie, że w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, a następnie pismem z dnia 8 kwietnia 2024 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 25 marca 2023 r.

W następstwie tych wezwań Odwołujący złożył wystawioną w dniu 29 lutego 2024 r. Polisę 998B137677 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej DUM/KOR/123257/23/MKRA MOCG2 stanowiącą Wznowienie polisy 998B113203 z okresem ubezpieczenia od 01.03.2024 r. do 28.02.2025 r. z sumą gwarancyjną 35 000 000 zł.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podając między innymi: „... stwierdzić należy, iż złożona przez Wykonawcę polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej 998B137677, obejmująca okres ubezpieczenia od 01.03.2024 r. do 28.02.2025 r., jest sprzeczna ze złożonym wraz z ofertą JEDZ, nie potwierdza tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.3 lit. a) SWZ, na dzień składania ofert.”.

Analizując całokształt przedmiotowej sprawy Izba nie mogła przeoczyć, że Odwołujący złożył polisę OC 998B137677 aktualną w dniu jej złożenia, o czym przesądza jej ważność w okresie 01.03.2024 r. do 28.02.2025 r.

Zdaniem Izby – bezpodstawne było oczekiwanie Zamawiającego na podstawie ocenianej treści powyższych wezwań, aby Odwołujący złożył polisę OC poprzedzającą jej wznowienie, bowiem jako już nieobowiązująca utraciła ona przymiot aktualności i jej złożenie mogło budzić wątpliwości Odwołującego, co do jej aktualności na dzień jej złożenia.

Ponadto, powyższe wezwania nie precyzowały o jaki dokument chodziło Zamawiającemu; czy o aktualną,

wznowioną polisę OC na dzień jej złożenia w wyniku wezwania do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego, czy miała to być polisa obowiązująca jedynie w dacie składania ofert, czy też, że Zamawiający chciał zbadać obie polisy łącznie.

Nie podlega kwestii, że polisa OC 998B113203 wraz z aneksem nr 1 obowiązująca w okresie od dnia 1 marca 2023 r. do dnia 29 lutego 2024 r. była zaś aktualna w dacie składania ofert (22 stycznia 2024 r.) i była zabezpieczona kwotą gwarancyjną w wysokości 35 000 000 zł, to jest znacznie ponad wartość referencyjną wymienioną w warunku w wysokości 10 000 000 zł.

Trudno jednak doszukiwać się w wezwaniu Zamawiającego informacji o tym, że jeżeli wykonawca posiadał polisę OC w dacie składania ofert, to obok aktualnej polisy OC ważnej w dacie jej złożenia będzie on również zobowiązany do złożenia polisy OC potwierdzającej zawartą umowę ubezpieczenia OC w dacie złożenia oferty.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający mając informację w treści aktualnej polisy o jej wznowieniowym charakterze powinien skorzystać z dyspozycji przepisu art.128 ust.1 w związku z art.128 ust.4 ustawy Pzp wskazując wyraźnie o jakie dokumenty chodzi i czy wymagają one wyjaśnienia.

W opinii Izby – treść powyższych wezwań Zamawiającego należało potraktować jako niewystarczającą, z powodu braku wyraźnego wskazania w żądaniu wezwania, że wykonawcy powinni przedłożyć ewentualnie dwie polisy potwierdzające spełnianie warunku ubezpieczenia OC, jeżeli te były wystawiane i były ważne w terminach niepokrywających się pomiędzy sobą z terminem składania ofert i składania podmiotowych środków dowodowych.

Z tych powodów należało uznać, że Zamawiający naruszył zarówno przepis art.126 ust.1 ustawy Pzp, jak i przepis art.128 ust.1 ustawy Pzp

Ponadto, wymaga wskazania, że stosownie do art.128 ust.1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednocześnie, w myśl art.128 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba reprezentuje pogląd, że powyższe przepisy należy interpretować zgodnie z treścią art.16 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2)przejrzysty;
- 3)proporcjonalny.

Dla Izby nie jest jasne dlaczego Zamawiający w skierowanych do Odwołującego wezwaniach nie zapewniając wykonawcy jednoznacznej informacji jakiego dokumentu ubezpieczeniowego będzie wymagał i z jaką datą jego obowiązywania, dokonał negatywnej oceny podmiotowego środka dowodowego, podczas gdy Odwołujący wykazał, że posiada ważną, odpowiednio wznowioną polisę ubezpieczeniową OC zabezpieczoną referencyjną sumą gwarancyjną.

Takie działanie Zamawiającego należało potraktować jako nieproporcjonalne do postawionego warunku i złożonego przez Odwołującego podmiotowego środka dowodowego w postaci spornej polisy OC.

W ocenie Izby – Zamawiający mając jednoznaczną informację o wznowieniu polisy OC 998B113203, będąc pewny, że ta obecnie złożona polisa OC 998B137677 spełnia podmiotowe warunki w zakresie ubezpieczenia OC mógł domniemywać jej aktualności w dacie złożenia oferty, lub ewentualnie gdyby ten podmiotowy środek dowodowy nadal budził jego wątpliwości powinien zgodnie z cyt. wyżej zasadami Prawa zamówień publicznych żądać od wykonawcy uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego poprzez załączenie dodatkowo poprzednio obowiązującej polisy OC 998B113203 lub wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści już złożonej polisy.

W związku z tym Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ostatecznie, Izba uznała, że Zamawiający błędnie ocenił brak prawdziwości oświadczenia JEDZ dotyczącego

spełniania spornego warunku na dzień złożenia oferty, czym naruszył przepis art.125 ustawy Pzp, bowiem nie upewniając się, że w dacie złożenia oferty Odwołujący miał stosowną polisę OC ( Zamawiający nie wyjaśnił tego zagadnienia) bezpodstawnie przyjął, że wykonawca w JEDZ złożył nieprawdziwe oświadczenie.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

**Przewodniczący:.....**