

WYROK

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku na rzecz odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz 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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane w trybie podstawowym pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2361W Szemplino - Brzozowo Maje - Dzierzgowo - Rzęgnowo - Grójec - Klewki. Etap I Nowe Brzozowo - Dzierzgowo” (numery referencyjne: PZD.DT.2310.1.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00052484. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 marca 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów WAPNOPOL Sp. z o.o. (dalej „Wapnopol” lub „przystępujący”) pomimo, że wskazany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wskazanego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, art. 57 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wapnopol pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego

warunków udziału w postępowaniu

- Wapnopol nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 9.2 pkt 3 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) tj. warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę gwarancyjną min. 9 mln zł na dzień składania ofert;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wapnopol pomimo, iż wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie poświadczyl nieprawdę w oświadczeniu wstępnym, iż spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej - posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na datę złożenia ofert, co narusza dobre obyczaje i zagraża interesom innych przedsiębiorców oraz zamawiającego;

w konsekwencji

3.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wapnopol, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wapnopol jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Wapnopol.

Na potwierdzenie zasadności podnoszonych zarzutów odwołujący wskazał na następującą argumentację. Na wstępie przypomniał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia w tym zwrócił uwagę, że wykonawca Wapnopol zaskarżył wcześniej czynność zamawiającego, polegającą na bezpodstawnym, jego zdaniem, wezwaniu do złożenia dokumentów podmiotowych w sytuacji, gdy zamawiający de facto nie sprecyzował w SWZ warunku udziału w postępowaniu poprzez posiadanie ubezpieczenia, a jedynie sprecyzował obowiązek posiadania dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie na sumę gwarancyjną 9 mln zł., co wykonawca wykazał przedstawiając stosowną polisę. Jednocześnie Wapnopol załączył do odwołania kolejny Aneks (nr 4) do polisy nr 26011022, datowany na dzień 21 lutego 2024 r., w którym zmodyfikowana została data wejścia zmian wprowadzanych Aneksem nr 3, z daty 10 lutego 2024 r. na datę 6 lutego 2024 r.

Wyrokiem KIO z dnia 14 marca 2024 r., sygn. akt KIO 578/24 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Wapnopol. W uzasadnieniu Wyroku, Izba wskazała między innymi, że czynność zamawiającego, dokonana na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 16 lutego 2024 r. polegająca na wezwaniu do złożenia przez Wapnopol dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia na dzień składania ofert, była prawidłowa i uzasadniona. Jednocześnie Izba wskazała, że nie weryfikowała treści Aneksu nr 4 do polisy, złożonego przez Wapnopol na wezwanie, gdyż owa okoliczność nie miała znaczenia w sprawie. Przedmiotowy dokument nie został bowiem do dnia rozprawy oceniony przez zamawiającego.

Odwołujący w dalszej części argumentował, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wapnopol w postępowaniu tj. dokumentu w postaci Aneksu nr 4 do polisy, czego konsekwencją było bezpodstawne uznanie, że przedmiotowy Aneks potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej o wartości 9 mln. zł. na dzień składania ofert. Wobec wskazanych powyżej zdarzeń mających miejsce w postępowaniu nie ulega wątpliwości, że polisa oraz Aneksy nr 1 2, i 3 nie potwierdzały spełnienia owego warunku. Wobec tego jedynie pozytywna ocena Aneksu nr 4 dokonana przez zamawiającego, mogła doprowadzić do uznania, że Wapnopol spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego kluczowe w niniejszej sprawie jest to, w jakim terminie wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz, czy przedłożone przez Wapnopol podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunków na tenże moment. W tym kontekście wskazał, że zgodnie z Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 707/16, którego tezy pozostają aktualne w obecnym 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. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, do którego odwołuje się wskazany art 26 ust- 3 ustawy Pzp, 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 wątplenia 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."

Odwołujący przywołał dodatkowo w tym miejscu stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 905/20, gdzie wskazano, że: „Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Składane oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, ale muszą także potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na Zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie "aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1". Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym. (...) Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego."

W konsekwencji, jak podkreślał odwołujący, 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 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Wobec przywołanych powyżej orzeczeń KIO, nie ma wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy odwołujący zwrócił uwagę, że treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez odwołującego polisy ubezpieczeniowej, nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem zbyt niski był pułap ochrony ubezpieczeniowej wskazany w tejże polisie. Dopiero Aneks nr 3 z dnia 12 lutego 2024 r. nastąpiło podwyższenie sumy ubezpieczeniowej do kwoty 9 mln. zł. Niemniej, przedmiotowy dokument nie potwierdzał spełnienia warunku na dzień składania ofert tj. 6 lutego 2024 r., co w konsekwencji doprowadziło do wezwania Wapnopol przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenia spełnienia

warunku.

W ocenie odwołującego nie stanowi również potwierdzenia posiadania wymaganego ubezpieczenia na dzień składania ofert, kolejny złożony przez Wapnopol dokument w postaci Aneksu nr 4, w którym zmieniony został termin wejścia w życie zmiany dotyczącej podniesienia sumy ubezpieczenia z daty 10 lutego 2024 r. na datę 6 lutego 2024 r. Zgodnie bowiem z treścią Aneksu nr 4, przedmiotowy dokument wystawiony został w dacie 21 lutego 2024 r. Tym samym w dacie 6 lutego 2024 r., Wapnopol nie posiadał wymaganego SWZ ubezpieczenia, gdyż dokument - Aneks nr 4 do polisy potwierdzający spełnienie warunku pochodzi z daty dużo późniejszej niż termin składania ofert.

W konsekwencji pomimo, że na moment uzupełniania dokumentów odwołujący był w stanie powołać się na posiadanie polisy OC z wymaganą sumą ubezpieczenia, to wobec przywołanych powyżej okoliczności nie ulega wątpliwości, że w dniu upływu terminu składania ofert, nie posiadał on ubezpieczenia na kwotę 9 mln zł. Powyższe podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Wapnopol wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzały bowiem, że w dacie składania ofert faktycznie legitymował się on wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 9 mln zł.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie składa oświadczenia wstępnego na przyszłość, że dopiero wypełni warunki udziału w postępowaniu. Nawet, jeżeli w wyniku dokonanych czynności wykonawca dokonał zmiany okresu obowiązywania polisy z podwyższoną sumą ubezpieczenia z mocą wsteczną, to nie zmienia to faktu, że w dniu 6 lutego 2024 r., tj. w terminie składania ofert, wykonawca nie dysponował polisą potwierdzającą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 9 mln. zł. W obrocie prawnym nie istniał bowiem dokument w postaci Aneksu nr 4 polisy, gdyż ten wystawiony został z datą 21 lutego 2024 r.

Mając powyższe na względzie, nie ulega w ocenie odwołującego wątpliwości, że Wapnopol nie dysponował na dzień składania ofert polisą ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia 9 mln. zł., nie mógł zatem w dniu 6 lutego 2024 r. złożyć oświadczenia, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż było ono po prostu nieprawdziwe. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia 9 mln. zł., wykonawca spełnił dopiero w dniu 21 lutego 2024 r. tj. w dacie wystawienia aneksu nr 4 (pod warunkiem, że faktycznie Aneks ten został wystawiony w sposób prawidłowy). Podkreślenia bowiem wymaga, że w dacie składania ofert nie istniał fizycznie dokument potwierdzający posiadanie wymaganego ubezpieczenia przez Wapnopol. Doświadczony wykonawca musiał tym samym być świadom, dysponując na dzień składania ofert wyłącznie polisą, która nie spełniała wymogu pułapu sumy gwarancyjnej (na dzień 6 lutego 2024 r. w obiegu prawnym nie istniał bowiem również Aneks nr 3, poprzez który nastąpiło podwyższenie sumy gwarancyjnej), że na dzień 6 lutego 2024 r. nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, a tym samym, że składając oświadczenie przeciwne poświadczają nieprawdę. Dodał w tym miejscu także, że sekwencja zdarzeń opisana w odwołaniu potwierdza nierzetelne działanie tego wykonawcy, który post factum próbował „ratować sytuację”, uzyskując wymagane ubezpieczenie na długo po terminie składania ofert.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że oferta Wapnopol powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca nie spełniał w dniu składania ofert warunku udziału w postępowaniu w postaci wymaganego ubezpieczenia, a ponadto oferta ta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 5/22, wskazując, iż nie można uznać, że jeśli zamawiający nie zastrzegł podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, że oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca, który celowo oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, a także narusza interes innego przedsiębiorcy i/ lub zamawiającego. Działanie wykonawcy narusza interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mają utrudniony dostęp do zamówienia poprzez bowiem konkurowanie w sposób uczciwy zostają wyeliminowani z postępowania.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i zobowiązuje się do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 22 marca br. oraz odrzucenia oferty wykonawcy Wapnopol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp a także dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert.

Wykonawca Wapnopol, działając na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. W piśmie procesowym przedstawił swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadne.

Wobec wniesienia sprzeciwu przez przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę to oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi powiatowej nr 2361W relacji Szemplino - granica województwa - Brzozowo Maje - Dzierzgowo - Rzęgnowo - Grójec Klewki na odcinku Nowe Brzozowo - Dzierzgowo od km 5+200,00 do km 10+804,00.

W punkcie 9.2.3 Tomu I SWZ - Instrukcja dla wykonawców (dalej jako „IDW”) zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazując: „Wykonawca musi przedstawić: a) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 9.000.000,00 zł (słownie złotych: dziewięć milionów 00/100).”

Zgodnie z pkt 11.1 IDW do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca:

a) nie podlega wykluczeniu; b) spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 11.3 IDW informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 11.1 stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W pkt 11.4 IDW wskazano, iż zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W pkt 11.5 lit. e) IDW określono podmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać warunek udziału w postępowaniu z pkt 9.2.3 IDW: „dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 9.000.000,00 zł.”

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 6 lutego 2024 r. godz. 9.00. (zgodnie z modyfikacją treści ogłoszenia i SWZ dokonaną 2 lutego 2024 r.).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Wapnopol z ceną 16 445 297,08 zł. brutto i odwołującego z ceną 16 480 996,14 zł. brutto. Wraz z ofertą Wapnopol złożył wstępne oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający po otwarciu oferty wezwał przystępującego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp 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 na sumę gwarancyjną min. 9.000.000,00 zł.

W odpowiedzi na to wezwanie Wapnopol złożył, wystawiony 8 marca 2023 r., dokument polisy serii K nr 26011022 obejmującej okres ubezpieczenia 20.03.2023 - 19.03.2024 i sumę gwarancyjną 3 500 000 zł., aneks nr 1 z dnia 10 marca 2023 r. do ww. polisy, zmieniający okres ubezpieczenia na 14.03.2023 - 13.03.2024, aneks nr 2 z dnia 9 maja

2023 r. do ww. polisy zmieniający sumę gwarancyjną na 4 000 000 zł. oraz aneks nr 3 z dnia 12 lutego 2024 r. do ww. polisy zmieniający z dniem 10 lutego 2024 r. sumę gwarancyjną na 9 000 000 zł.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2024 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia w terminie do 22 lutego 2024 r. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 9 000 000 zł. Odwołujący w dniu 21 lutego 2024 r., w odpowiedzi na powyższe wezwanie, złożył aneks nr 4 z dnia 21 lutego 2024 r. do polisy serii K nr 26011022, z treści którego wynika: „Niniejszym aneksem do polisy K26011022, zostaje poprawiona data wejścia zmian z aneksu nr 3: jest: 10.02.2024 r.; winno być 6.02.2024 r.”

Izba ustaliła także, że przedmiotowe wezwanie zostało przez Wapnopol zaskarżone do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14 marca 2024 r., sygn. akt: KIO 578/24 oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu orzeczenia wskazała, że czynność zamawiającego dokonana na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 16 lutego 2024 r. tj. wezwanie do złożenia przez Wapnopol dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia na dzień składania ofert - była prawidłowa i uzasadniona. Ponadto uznała, że spóźnione są zarzuty dotyczące rzekomo nieprawidłowo sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymaganego ubezpieczenia, gdyż odpowiednim do tego terminem był czas zadawania pytań do SWZ/ składania odwołań na SWZ. Ponadto zwróciła uwagę, że Wapnopol sam potwierdził nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przedstawiając kolejne Aneksy do polisy ubezpieczeniowej. Z tychże Aneksów tj. 1, 2 i 3 bezspornie wynikało, że na dzień 6 lutego 2024 r. (dzień składania ofert) Wapnopol nie posiadał wymaganego ubezpieczenia, aktualności dokumentu nie należy bowiem mylić z momentem w którym wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu, a te powinny być spełnione w dniu składania ofert. Ponadto, wykonawca powinien wykazać, że przez cały okres postępowania przetargowego owe warunki spełniał. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jednocześnie, że nie weryfikowała treści Aneksu nr 4 do polisy, gdyż owa okoliczność nie miała znaczenia w sprawie. Przedmiotowy dokument nie został bowiem do dnia rozprawy oceniony przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak też zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przywołać treść przepisów, które znajdą zastosowanie przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy.

W art. 16 ustawy Pzp wskazano, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

W art. 57 ustawy Pzp przewidziano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (1) nie podlegają wykluczeniu; (2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

W art. 125 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Z kolei w myśl art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Art. 274 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków

dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (lit. a) lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b), lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c).

W art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewidziano, że odrzuceniu podlega też oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm.) - dalej „UZNK” czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei w myśl art. 14 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Mając na uwadze treść przytoczonych wyżej przepisów, zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu oraz okoliczności faktyczne, które miały miejsce w niniejszej sprawie, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej. Przypomnienia wymaga, że w aktualnym stanie prawnym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap jest dokonywany w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia wstępne (te wykonawca składa wraz z ofertą), które mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu jak stwierdził ustawodawca „aktualne na dzień złożenia” dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Powyższe stanowisko wprost wynika z treści przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp.

Czytając przepisy art. 125 ust. 3 oraz art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp należy jednak dojść do przekonania, że aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, ale na dzień składania ofert. Gdyby bowiem przyjąć, że podmiotowe środki dowodowe potwierdzają brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu dopiero na dzień ich złożenia, to za zbędny należałoby uznać przepis art. 125 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy też przypomnieć, że rolą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp jest potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert. Przepisy jednoznacznie stanowią, że wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, z którego ma wynikać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, z terminem nie późniejszym niż termin składania ofert. Składane w trybie art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe, stanowią zatem jedynie 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, potwierdzają, że stan braku podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie uległ zmianie i ma charakter ciągły (powyższe potwierdziła także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 25 czerwca 2022 r., KIO/KD 17/22).

Dalej, należy również zaznaczyć, że pojęcie aktualności, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Złożenie zatem podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak takich sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika

okoliczność, że wykonawca warunku udziału w postępowaniu nie spełniał przez cały wymagany okres lub, na podstawie tych środków dowodowych, zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy wskazać należy, iż nie budzi wątpliwości, że wykonawca Wapnopol złożył, wraz z ofertą, oświadczenie wstępne, w którym potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ, w tym w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - posiadania wymaganego ubezpieczenia OC na wskazaną w dokumentach zamówienia kwotę 9 mln. zł. Na podstawie tego oświadczenia zamawiający dokonał wstępnego badania spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie stanowiło zatem potwierdzenie, że przystępujący na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym te dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Z kolei na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wezwany przez zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawca Wapnopol złożył podmiotowy środek dowodowy w postaci Polisy seria K nr 26011022, wraz z szeregiem aneksów do tejże polisy, z których to jednak dokumentów wprost wynikało, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego ubezpieczenia OC na kwotę 9 mln. zł.

- nie był spełniony na dzień, w którym upływał termin składania złożonych ofert. Powyższe nie jest sporne w sprawie, gdyż potwierdzone zostało w Wyroku KIO z dnia 14 marca 2024 r.

o sygn. akt KIO 578/24, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła, że ani polisa, ani aneksy

nr 1, 2 i 3 - nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert w tym postępowaniu. Orzeczenie to nie zostało przez przystępującego zaskarżone, tym samym rozstrzygnięcie w tym zakresie jest wiążące, a więc stanowi równie podstawę przy wydaniu orzeczenia w sprawie aktualnie rozpoznawanej.

Izba w przywołanym wyroku stwierdziła także, że nie dokonała analizy treści Aneksu nr 4 do polisy, gdyż ten dokument, jako że nie został oceniony przez zamawiającego, nie miał znaczenia przy wydaniu orzeczenia w sprawie.

Mając zatem na uwadze powyższe okoliczności, które miały miejsce w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym biorąc pod uwagę treść wydanego orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 578/24, kluczowe w niniejszej sprawie jest dokonanie oceny treści złożonego przez przystępującego Aneksu nr 4 do polisy. Tylko pozytywna jego ocena może bowiem doprowadzić do uznania, że Wapnopol potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia OC w wymaganej kwocie 9 mln. zł.

Po analizie jego treści Izba doszła do przekonania, iż złożony na wezwanie zamawiającego dokument w postaci Aneksu nr 4 nie może stanowić potwierdzenia posiadania wymaganego ubezpieczenia na dzień składania ofert. Kluczowe w sprawie jest bowiem,

że zgodnie z treścią tego dokumentu został on wystawiony w dniu 21 lutego 2024 r. (data ta jest niesporna i widnieje w jego treści). Powyższe przesądza zdaniem Izby, że w dniu składania ofert tj. 6 lutego 2024 r., Wapnopol nie posiadał wymaganego w treści SWZ ubezpieczenia. Nie istniał bowiem w tej dacie żaden dokument potwierdzający fakt, że Wapnopol jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w wymaganej w treści warunku kwocie 9 mln. zł.

Na ocenę Izby w tym zakresie nie mogą mieć wpływu twierdzenia Wapnopol, który

to w piśmie procesowym i na rozprawie deklarował, że treść Aneksu nr 4 do polisy oddaje treść wcześniejszych uzgodnień, czynionych pomiędzy Prezesem Zarządu przystępującego

a ubezpieczycielem i, że w dacie składania oświadczenia wstępnego przystępujący był przekonany, że taką zwiększoną ochronę ubezpieczeniową posiada.

Podkreślić należy bowiem, z czym nie polemizuje też sam przystępujący, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień upływu terminu składania ofert. Samo zatem uzgodnienie ustne z brokerem ubezpieczeniowym i świadomość czy też przekonanie Wapnopol, że warunki udziału w postępowaniu spełnia i, że może w związku z tym złożyć oświadczenie wstępne - nie może być uznane za wystarczające. Jeśli wykonawca, w dacie składania oświadczenia wstępnego, nie dysponuje stosownym dokumentem ubezpieczenia OC, to nie może mieć pewności co do istnienia ochrony ubezpieczeniowej i warunków zawarcia tego ubezpieczenia. Dopiero w sytuacji, kiedy taki dokument zostanie przez ubezpieczyciela wystawiony i podpisany, wykonawca może stwierdzić, że dysponuje niezbędnym potwierdzeniem, że legitymuje się ubezpieczeniem, na określonych w tej polisie warunkach. Dopiero zatem taki dokument stanowić może potwierdzenie, że warunki udziału

w postępowaniu zostały spełnione, a tym samym, że wykonawca może złożyć wstępne oświadczenie. W konsekwencji zatem samo tylko przeświadczenie wykonawcy Wapnopol, że będzie dysponował takim dokumentem - nie uprawniało go do złożenia oświadczenia wstępnego, które to wraz z ofertą złożył. Na marginesie zauważyć należy także, że deklaracje przystępującego, jakoby w dacie składania oświadczenia wstępnego takie ustalenia pomiędzy nim a ubezpieczycielem miały miejsce, nie znajdują potwierdzenia w żadnym dokumencie przedłożonym ani zamawiającemu w toku prowadzonego postępowania, czy też w postępowaniu przed Izbą.

Nie mogła także zyskać aprobaty argumentacja przystępującego odnosząca się do tego, że Aneks nr 4 rzekomo jedynie prostuje omyłkę, która to omyłka miała zostać popełniona w Aneksie nr 3. Taka argumentacja nie znajduje potwierdzenia ani w treści Aneksu nr 4, przeczą temu również sekwencja zdarzeń, które miały miejsce w niniejszej sprawie, jak też wcześniejsze twierdzenia wykonawcy Wapnopol.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do treści samego Aneksu nr 4, należy zauważyć, że nie ma w jego treści mowy o tym, że na mocy jego zapisów dochodzi do sprostowania oczywistej omyłki w treści Aneksu nr 3. Sformułowanie „zostaje poprawiona”, które to przystępujący w piśmie procesowym próbuje interpretować jako „przywrócić czemuś właściwy stan” czy „usunąć błędy z tekstu” uznać należy wyłącznie jako jego autorską wykładnię tego sformułowania. Takie twierdzenia nie są poparte żadnym zapisem w tym dokumencie, nigdzie bowiem w jego treści nie sposób odnaleźć twierdzeń, że taka była wola stron. Tym samym nie sposób uznać, że treść Aneksu nr 4 wskazuje, jakoby ochrona ubezpieczeniowa trwać miała nieprzerwanie od daty 6 lutego 2024 r., kiedy to nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu, do daty przedłożenia tego dokumentu, a w konsekwencji nie sposób dopatrzeć się w nim potwierdzenia, że wykonawca Wapnopol spełniał wymagany warunek udziału w postępowaniu w dniu 6 lutego 2024 r. W ocenie Izby treść tego dokumentu może być wyłącznie rozumiana w sposób, jaki wynika z literalnego brzmienia tego aneksu tj. ubezpieczyciel oświadcza, że data w Aneksie nr 3 zostaje poprawiona, co nie jest tożsame z potwierdzeniem, że wykonawca został objęty ochroną ubezpieczeniową w kwocie 9 mln. zł. od dnia 6 lutego 2024 r.

Nie można też pomijać w niniejszej sprawie jaka była sekwencja zdarzeń, które miały miejsce w toku prowadzonego postępowania, i wcześniejszych twierdzeń Wapnopol, na które to okoliczności zwracali uwagę zarówno odwołujący, jak też zamawiający. Wykonawca Wapnopol złożył w niniejszym postępowaniu odwołanie w sprawie, która toczyła się pod sygn. akt KIO 578/24 zarzucając, że zamawiający niezasadnie wezwał go do uzupełniania dokumentów podmiotowych, gdyż jak twierdził złożone na wezwanie dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie, w jakim potwierdził posiadanie ubezpieczenia OC - były prawidłowe. Wykonawca nie podnosił wówczas kwestii, że w Aneksie nr 3 doszło do omyłkowego wpisania daty - 10 lutego 2024 r., ale dowodził, że dokumenty przedłożone przez niego wcześniej potwierdzają, że warunek udziału w postępowaniu spełnia. Tym samym argumentowanie na obecnym etapie, że doszło do jakiejś omyłki przy sporządzaniu Aneksu nr 3, wobec twierdzeń prezentowanych wcześniej, należy uznać za przywoływane wyłącznie na potrzeby niniejszej sprawy.

Za nietrafione należy też uznać argumenty przystępującego, który zwracał uwagę na kwestię celowości przedłożenia dokumentu w postaci polisy OC i zabezpieczenia interesu zamawiającego. Powyższe należy uznać za nie mające znaczenia dla rozpoznawanej sprawy. Wykonawca Wapnopol zdaje się nie dostrzegać, że przepisy ustawy Pzp w tym zakresie precyzują jednoznacznie, że obowiązkiem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przedstawienie stosownych dokumentów, które potwierdzą spełnienie warunków udziału w postępowaniu. To na ich podstawie zamawiający ocenia czy dany wykonawca faktycznie warunki w danym zakresie, opisanym w SWZ, spełnia. Ponadto zaznaczyć należy, że przedmiotowy dokument nie miał na celu zapewnienie ochrony ubezpieczeniowej, nie jest to bowiem polisa służąca zabezpieczeniu zawartego między stronami kontraktu. Celem przedłożenia tego dokumentu jest wyłącznie potwierdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego, w tym przypadku jego sytuacji ekonomiczno-finansowej.

W konsekwencji należy stwierdzić, również mając na uwadze przywołane powyżej okoliczności, iż nie ulega wątpliwości, że dniu w którym upływał termin składania ofert, wykonawca Wapnopol nie posiadał wymaganego w SWZ ubezpieczenia OC na kwotę 9 mln zł. Powyższe podważa zatem prawdziwość oświadczenia wstępnego, złożonego przez Wapnopol wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Także złożone przez odwołującego dokumenty - polisa, Aneksy 1,2,3 i 4 nie potwierdzały, że w dacie składania ofert faktycznie legitymował się on wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na żądaną kwotę 9 mln zł. Ostatni złożony dokument w postaci Aneksu nr 4, w którym

zmieniony został termin wejścia w życie zmiany dotyczącej podniesienia sumy ubezpieczenia z daty 10 lutego 2024 r. na datę 6 lutego 2024 r. również nie potwierdza spełniania warunku, gdyż został wystawiony 21 lutego 2024 r., a zatem pochodzi z daty dużo późniejszej niż termin składania ofert.

Skoro dokument w postaci Aneksu nr 4 znalazł się w obrocie prawnym dopiero w dniu 21 lutego 2024 r., to dopiero z tą datą i na podstawie tego dokumentu wykonawca Wapnopol mógł legitymować się ochroną ubezpieczeniową. Ponownie należy wskazać, że z jego treści wynika wyłącznie, że poprzez Aneks nr 4 następuje rozciągnięcie ochrony ubezpieczeniowej, z datą wsteczną od 6 lutego 2024 r. Dopiero z kolei złożone przez ubezpieczyciela oświadczenie może stanowić podstawę do objęcia danego podmiotu określoną ochroną ubezpieczeniową (a to nastąpiło w dniu 21 lutego br.). Nie sposób uznać zatem, że na dzień 6 lutego 2024 r. przystępujący taką ochronę posiadał, skoro na ten dzień dysponował wyłącznie dokumentem polisy oraz Aneksami nr 1 i 2, a suma ubezpieczenia w tych dokumentach wynosiła 3,5 mln. zł. Z kolei wymagana przez zamawiającego suma ubezpieczenia do kwoty 9 mln zł. została uzyskana dopiero w dniu 12 lutego 2024 r.

Trafnie odwołujący przywołał także tezy zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3477/21, które to Izba w pełni podziela i uznaje za własne. Orzeczenie to zapadło w podobnych okolicznościach faktycznych. Izba wskazała w nim między innymi, 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 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy 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 ustawy Pzp przez Odwołującego polisy, w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021 r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13 lipca 2021 r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 mln zł. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższej sytuacji nie zmienia fakt, iż Odwołujący w dniu 29 października 2021 r. przedłożył Zamawiającemu aneks do polisy zmieniający pierwotny czas ubezpieczenia na okres od dnia 13 lipca 2021 r. do 12 lipca 2022 r. Jak bowiem zostało ustalone w postępowaniu, Odwołujący powyższy aneks uzyskał dopiero w dacie 29 października 2021 r., a zatem na dzień 13 lipca 2021 r. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie ponad trzech miesięcy od upływu terminu składania ofert. W konsekwencji pomimo, że na moment uzupełniania dokumentów Odwołujący był w stanie powołać się posiadanie polisy OC z datą obowiązującą w dniu upływu terminu składania ofert, to jednocześnie w postępowaniu w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości ustalono, że w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 13 lipca 2021. nie posiadał on ubezpieczenia na kwotę 10 mln zł. Powyższe w ocenie Izby podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Złożone przez Odwołującego polisy OC nie potwierdzały bowiem, że w dacie składania ofert faktycznie legitymował się on wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 10 mln zł.”

Trafnie też podnosił odwołujący, iż powyższe działania zamawiającego, polegające na dokonaniu wyboru oferty Wapnopol jako najkorzystniejszej, naruszają przepisy art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek równo traktować wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Obowiązkiem zaś każdego wykonawcy jest przygotowanie oraz przedłożenie zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z dokumentów tych musi wynikać, w sposób nie budzący wątpliwości, że dany wykonawca spełnił wymagane warunki. Jeśli treść tych dokumentów budzi wątpliwości, lub też wprost wynika z nich, że warunki udziału w postępowaniu nie zostały spełnione - obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie takiej oferty.

Izba nie podzieliła z kolei stanowiska odwołującego, że oferta Wapnopol podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK i, że działania Wapnopol w okolicznościach niniejszej sprawy, wypełniają przesłanki opisane w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że podniesienie takiego zarzutu przez odwołującego wymaga określenia konkretnego czynu

nieuczciwej konkurencji nie tylko poprzez odwołanie się do przepisów UZNK, ale też wykazanie i opisanie w sposób szczegółowy wszystkich przesłanek składających się na dany czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie odwołujący nie podołał temu obowiązkowi. W tym zakresie przywołał jedynie treść przepisów art. 3 oraz art. 14 ust. 1 UZNK wskazując, że w jego ocenie Wapnopol dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez fakt złożenia w dniu 6 lutego 2024 r. oświadczenia wstępnego, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, nie dysponując dokumentem w postaci polisy OC w wymaganej wysokości tj. z treści którego wynikałoby, że jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę 9 mln. zł.

Powyższego nie sposób uznać za wystarczające, aby stwierdzić, że wypełnione zostały wszystkie przesłanki dla uznania zarzutów w tym zakresie za zasadne. Powyższe jednak pozostaje bez znaczenia, gdyż nie ma wpływu na wynik niniejszej sprawy. Jak stwierdzono wcześniej zaistniały bowiem przesłanki, skutkujące koniecznością odrzucenia oferty Wapnopol, opisane w art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone przez Wapnopol dokumenty podmiotowe, w których ten potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego ubezpieczenia OC w wymaganej w postępowaniu kwocie, w rezultacie czego zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), obciążając kosztami uczestnika postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów opisanych w odwołaniu.

Przewodnicząca:.....