Sygn. akt: KIO 578/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku na rzecz zamawiającego Powiatowego Zarządu Dróg w Mławie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem 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:…….…….....

Sygn. akt: KIO 578/24

Uzasadnienie

Zamawiający Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie(dalej jako „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” (numer referencyjny: 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. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 21 lutego 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "Wapnopol" Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wystosowaniu do Odwołującego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia 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 (słownie złotych: dziewięć milionów 00/100) z powodu stwierdzenia, iż Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej na dzień składania ofert, podczas gdy Zamawiający nie określił stosownego warunku udziału w postepowaniu dotyczącego

sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a jedynie wymaganie dotyczące złożenia dokumentu, natomiast Odwołujący złożył wymagany dokument aktualny na dzień złożenia, co jest zgodne z przepisami ustawy i wymaganiami SWZ. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z 16 lutego 2024 r. skierowanego do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na wstępie odwołania opisano przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz przedstawiono wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu wynikające z SWZ. Uzasadniając zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż brak było podstaw do wystosowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż Zamawiający nie określił warunku udziału w postepowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Odwołujący wskazał, iż w pkt. 9.2 pkt 3 lit. a) IDW Zamawiający określił wymóg dotyczący przedstawienia określonych dokumentów - potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednak nie określił warunku, który te dokumenty miałyby potwierdzać. Postanowienie SWZ określające warunek udziału w postępowaniu w niniejszym przypadku powinno brzmieć: „Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (…)", względnie „Wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (…)." Tymczasem Zamawiający we wskazanym postanowieniu wskazał „Wykonawca musi przedstawić dokumenty (…)". Odwołujący ponadto zwrócił uwagę, na pkt. 9.2 pkt 4 lit. a) i b) IDW, gdzie Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej używając niebudzących wątpliwości sformułowań takich jak: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem", „Wykonawca musi wskazać osobę" (Odwołujący przytoczył treść ww. postanowień SWZ). Dalej Odwołujący wskazał, iż żądanie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia powinno być skorelowane z określeniem warunku, którego spełnienie ma zostać potwierdzone w wyniku złożenia dokumentu. Odwołujący powołał się w tym zakresie na Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych (red. H. Nowak, M. Winiarz), str. 437. Odwołujący podkreślił, iż zasada potwierdzenia poprzez złożenie podmiotowego środka dowodowego stanu na dzień składania ofert, na którą powołuje się Zamawiający w wezwaniu, dotyczy potwierdzenia na dzień składania ofert spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w postępowaniu, tymczasem w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej taki warunek nie został przez Zamawiającego określony.

Następnie Odwołujący wskazał, iż wezwanie z 16 lutego 2024 r. było bezzasadne, bowiem w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył wymagany dokument tj. Polisę seria K nr 26011022 wraz z Aneksami nr 1, 2 i 3 - aktualną na dzień złożenia, co jest wymaganiem wynikającym z przywołanego przepisu tj. art. 274 ust. 1 Pzp, powtórzonym również w SWZ. Odwołujący podniósł, iż art. 274 ust. 1 ustawy Pzp określa obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych (takich jak żądany dokument) aktualnych na dzień złożenia. Podobnie określono w pkt. 11.4. IDW. Ponadto w par. 8 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) nie określono żadnych wymagań w zakresie terminu „ważności" dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Inaczej jest np. w przypadku informacji banku, której mowa w par. 8 ust. 1 pkt 3 ww. Rozporządzenia, która ma potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. W niniejszym przypadku na dzień złożenia dokumentu w dniu 12 lutego 2024 r. i jego weryfikacji przez Zamawiającego dokument był aktualny, bowiem potwierdzał, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie niższą niż 9 000 000 zł. Na poparcie stanowiska Odwołujący wskazał przykłady orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej analogicznie odnoszących się do kwestii „aktualności" dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (wyrok z dnia 21 stycznia 2022 r., KIO 3761/21, wyrok z dnia 3 stycznia 2022 r., KIO 3628/21).

Ponadto Odwołujący podniósł, iż w wezwaniu wskazano, że przedłożone dokumenty „nie odpowiadają (...) w pełni zawartości SWZ". Jest to stwierdzenie niejasne, godzące w zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Odwołujący nie powinien czynić domysłów, jakie wady złożonych dokumentów stwierdził Zamawiający. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż wezwanie z 16 lutego 2024 r. zostało zakwalifikowane jako wezwanie do „złożenia", tymczasem wymagany dokument został złożony. Jeśli Zamawiający uznał, że złożony już podmiotowy środek dowodowy zawiera błędy w rozumieniu art. 128 ust. 1 Pzp - z czym Odwołujący się zgadza - powinien skierować wezwanie do uzupełnienia tego środka, a nie do jego złożenia. Zdaniem Odwołującego wobec braku określenia warunku udziału w postępowaniu

przy jednoczesnym określeniu wymogu złożenia dokumentu aktualnego na dzień złożenia, należy również uwzględnić, że wszelkie niejasności w SWZ powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2023 r., KIO 968/23). W niniejszym stanie faktycznym oznaczałoby to uwzględnienie, że zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wymagany przez Zamawiającego dokument powinien być aktualny na dzień złożenia, co też zostało spełnione. Reasumując, w ocenie Odwołującego, czynność wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest wadliwa i powinna zostać wyeliminowana z obrotu.

Na koniec, niezależnie od powyższego, Odwołujący poinformował, iż uzyskał Aneks nr 4 do Polisy seria K nr 26011022, na mocy którego zostaje poprawiona data wejścia zmian z aneksu numer 3: „Jest: 10.02.2024 r. Winno być: 06.02.2024 r." Przedmiotowy aneks załączono do odwołania.

Zamawiający w dniu 5 marca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiający wskazał, iż w toku postępowania wezwał Odwołującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentu potwierdzającego spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W odpowiedzi Odwołujący złożył przedmiotowy dokument, natomiast w opinii Zamawiającego nie potwierdzał on spełniania wskazanego przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył podmiotowe środki dowodowe, z których wynika, iż dokonał on podwyższenia sumy ubezpieczenia dopiero w dniu 12 lutego br. Niemniej jednak z treści samej polisy wynika, iż Odwołujący dysponował polisą której wymagał Zamawiający ale od 10 lutego br., a więc na 4 dni po upływie terminu składania ofert, który upłynął 6 lutego br. Zamawiający podkreślił, 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, tj. oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 274 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. Jak bowiem wynika z przekazanych dokumentów, Odwołujący aneks nr 3 do polisy nr K 26011022 uzyskał dopiero w dniu 12 lutego br. z mocą obowiązywania od 10 lutego br., a zatem na dzień 6 lutego br. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie 4 dni od upływu terminu składania ofert. W konsekwencji, pomimo że na moment składania dokumentów podmiotowych Odwołujący był w stanie powołać się na posiadanie polisy OC z datą obowiązującą na dzień jej złożenia, to jednocześnie w dacie składania oświadczenia wstępnego o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, tj. na 06 lutego 2024 r. nie posiadał on ubezpieczenia na sumę gwarancyjna ubezpieczenia wymaganą przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając odwołanie uwzględniła stanowiska pisemne oraz ustne Stron i Uczestnika, a ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postepowania przekazanej przez Zamawiającego. Izba ustaliła, iż dokumenty załączone do odwołania oraz złożone podczas rozprawy przez Odwołującego i Zamawiającego stanowią część ww. dokumentacji.

Izba 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 określił 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 – Odwołującego z ceną 16 445 297,08 zł brutto i Przystępującego z ceną 16 480 996,14 zł brutto. Wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający po otwarciu oferty wezwał Odwołującego 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 Odwołujący 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 Odwołującego 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. 9 000 000,00 zł. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, co następuje:

„Zamawiający w dniu 06 lutego 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP wyznaczając termin do 13.02.2024 r. do godziny 9.00. Wykonawca przedłożył dokumenty w wyznaczonym terminie, jednak z dokumentów tych nie wynika, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w SWZ i nie odpowiadają one w pełni zawartości SWZ. Wykonawca przedstawił Polisę seria K nr 26011022 wraz z aneksami: 1) Aneks nr 1 z dnia 10.03.2023 r. wprowadzał zmiany w zakresie okresu ubezpieczenia; 2) Aneks nr 2 z dnia 09.05.2023 r. wprowadzał zmiany w zakresie głównej sumy gwarancyjnej z 3.500.000,00 zł na 4.000.000,00 zł, 3) Aneks nr 3 z dnia 12.02.2024 r. wprowadzającym zmiany w zakresie głównej sumy gwarancyjnej z 4.000.000,00 zł na 9.000.000,00 zł z okresem obowiązywania od dnia 10.02.2024 r. W związku z powyższym na dzień składania ofert – 06 lutego 2024 r. Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ponieważ Polisę seria K nr 26011022 wraz z aneksami uzyskał w dniu 12 lutego 2024 r. z mocą obowiązywania od 10 lutego 2024 r.

Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, co oznacza, że wszystkie oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy PZP, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego (art. 125 ust.1 PZP).

Ponadto zamawiający stwierdza, że wymaganych dokumentów nie można uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2023 r. poz. 57 ze zm.).

Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy PZP mają Państwo prawo wnieść odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 514 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący jest zobowiązany przekazać zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, zgodnie z art. 514 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Jako że wezwanie do złożenia uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych zostaje przekazane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, to termin wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz przesłania kopii odwołania do zamawiającego wynosi 5 dni, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP."

Ponadto Izba ustaliła, iż 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 zmieniający datę wejścia zmian wprowadzonych aneksem nr 3 w następujący sposób: „jest: 10.02.2024 r.; winno być 6.02.2024 r."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący, jako podmiot kwestionujący zasadność wezwania go do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego, który podczas rozprawy kwestionował istnienie u Odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący odpowiedział na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, składając nowy podmiotowy środek dowodowy (aneks nr 4 do polisy serii K nr 26011022), a Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji co do wyboru oferty Odwołującego lub jej odrzucenia.

Izba wskazuje, iż czynność wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma z perspektywy wykonawcy doniosłe znaczenie – wezwanie takie oznacza bowiem, że kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w określonym aspekcie dała wynik negatywny, tj. zamawiający uznał, że podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia. Okoliczność ta może rzutować na dalsze losy oferty wykonawcy w postępowaniu - jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złoży poprawnych podmiotowych środków dowodowych, to jego oferta zostanie odrzucona (por. art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Wykonawca, który złożył w postępowaniu ofertę, co do zasady posiada interes w uzyskaniu zamówienia na etapie badania i oceny ofert, kiedy to wynik postępowania nie jest jeszcze znany i nie stwierdzono jeszcze ewentualnych podstaw odrzucenia oferty. Skarżąc czynność w postaci wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca poddaje pod rozstrzygnięcie Izby dokonaną przez zamawiającego ocenę czy złożone przez wykonawcę środki dowodowe wykazują spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia. Wykonawca może także w takiej sytuacji ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ ewentualna błędna ocena sytuacji podmiotowej wykonawcy przez zamawiającego może doprowadzić w konsekwencji do tego, że wykonawca nie uzyska zamówienia, mimo że złożone przez niego za pierwszym razem podmiotowe środki dowodowe były prawidłowe, a wezwanie do ich złożenia, uzupełnienia czy poprawienia naruszało przepisy ustawy. Izba wskazuje, iż gdyby Odwołujący na obecnym etapie nie zaskarżył czynności wezwania z dnia 16 lutego 2024 r., to na późniejszym etapie postępowania (po wyborze oferty najkorzystniejszej) nie mógłby już wskazywać ani na wadliwość tego wezwania, ani na okoliczność, iż pierwotnie złożone podmiotowe środki dowodowe były prawidłowe. Ponadto Izba stwierdziła, iż dla oceny spełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie ma znaczenia fakt, że Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, składając nowy podmiotowy środek dowodowy. Jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy, Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny tego dokumentu, a proces badania i oceny ofert nie zakończył się. Zatem na obecną chwilę brak jest możliwości stwierdzenia, jak złożenie aneksu nr 4 do polisy wpływa na dalsze losy oferty Odwołującego. Kwestia ta pozostaje poza oceną Izby w przedmiotowym postępowaniu, jako że Izba nie może uprzedzać i zastępować Zamawiającego w czynnościach, które zobowiązany jest on w świetle przepisów ustawy Pzp podjąć.

Przechodząc do oceny podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia 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, Izba stwierdziła, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Przywołując treść ww. przepisów prawa należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający

przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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. W myśl art. 274 ust. 1 ustawy Pzp 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. Z kolei zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby czynność wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp była prawidłowa i nie naruszała wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej braku określenia przez Zamawiającego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a jedynie zawarcia w SWZ wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż Odwołujący nie kwestionował treści dokumentów zamówienia na właściwym etapie, tj. po publikacji dokumentów zamówienia ani nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia w tym zakresie. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości sformułowania warunku udziału w postępowaniu z pkt 9.2.3 IDW, to dysponował on ww. narzędziami, aby wątpliwości te rozwiać. Powoływanie się obecnie na rzekome nieprawidłowości SWZ należy uznać za argumentację spóźnioną.

Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący składając podmiotowe środki dowodowe na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, nie miał wątpliwości, jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie warunku w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej i jakie okoliczności miały one potwierdzać. W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu – mimo że został wyrażony poprzez opisanie konieczności złożenia dokumentu potwierdzającego konkretną sytuację finansową, a nie wskazanie wprost na wymaganą sytuację finansową - był w pełni identyfikowalny i jednoznaczny. Z pkt 9.2.3. IDW jasno wynikało, iż wykonawca ma być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 9 000 000 zł. W oparciu o zawarty w IDW opis warunku wykonawcy nie powinni mieć problemu z prawidłową interpretacją wymagania, tym bardziej, że wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia należy uznać za profesjonalistów, wobec których miernik należytej staranności jest podwyższony (por. art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności).

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż złożył on polisę OC aktualną na dzień złożenia, Izba wskazuje, iż nie neguje faktu, że wykonawca może złożyć dokument aktualny na dzień złożenia, czyli potwierdzający jego bieżącą sytuację czy zdolności w chwili składania dokumentu. Powyższe wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, w tym z art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe, tj. polisa serii K nr 26011022 wraz z aneksami nr 1-3, potwierdzały jego aktualną sytuację, tj. fakt, że na moment ich złożenia Odwołujący dysponował dokumentem ubezpieczenia na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną (9 000 000 zł).

Odwołujący w swoim wywodzie całkowicie pominął jednak okoliczność, iż złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe podważyły fakt spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu na moment składania oferty, a tym samym podważyły prawdziwość złożonego przez niego wraz z ofertą wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych dokumentów wprost wynika, iż Odwołujący uzyskał ubezpieczenie na wymaganą w treści warunku udziału w postępowaniu sumę gwarancyjną dopiero z dniem 10 lutego 2024 r. na mocy aneksu nr 3 zwiększającego tę sumę z kwoty 4 000 000 zł do kwoty 9 000 000 zł. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął 6 lutego 2024 r., a zatem Odwołujący – mimo, iż składając ofertę oświadczył, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, to następnie na wezwanie przedstawił dokumenty wykazujące, iż w okresie od złożenia oferty do dnia 9 lutego 2024 r. włącznie nie dysponował ubezpieczeniem OC na sumę gwarancyjną 9 000 000 zł. Odwołujący sam podważył prawdziwość własnego oświadczenia, składając podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzały, iż w chwili złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną niższą niż wymagana przez Zamawiającego.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na

dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Podnoszonej przez Odwołującego „aktualności" dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu. Dokumenty „aktualne" to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Przepisy ustawy Pzp uwypuklają konieczność oceny sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ustawa daje zamawiającym także uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania poprzez oświadczenie wstępne, następnie zaś żąda się dowodów potwierdzających prawdziwość oświadczenia wstępnego, aktualnych na dzień złożenia, a zatem dowodów, które mogą być datowane na dzień późniejszy niż termin składania ofert. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia na ten dzień, tworzy pewnego rodzaju domniemanie, że stan ten trwa przez cały czas trwania postępowania, od dnia złożenia wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Niemniej treść podmiotowych środków dowodowych - niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp lub odpowiednio art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - nie może podważać okoliczności wynikających z oświadczenia wstępnego (podobnie m.in. wyrok Izby z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1200/22, wyrok Izby z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3239/23).

W rozpoznawanej sprawie – jak wskazano powyżej - Odwołujący sam podważył fakt, że na moment składania oferty spełniał warunek udziału w postępowaniu. Przedstawione przez niego dokumenty tj. polisa wraz z aneksami nr 1-3 pozostawały w sprzeczności ze złożonym przez niego oświadczeniem wstępnym o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 9 000 000 zł.

Odnosząc się do przywołanych w treści odwołania wyroków, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że zostały one wydane w analogicznym stanie faktycznym. Wyrok z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3761/21, dotyczył sytuacji, w której naruszenie przepisów ustawy Pzp wywodzono wyłącznie z faktu, że złożona polisa OC nie obejmowała swoim okresem terminu składania ofert. Nie przedstawiono argumentacji i dowodów, które podważałyby w jakikolwiek sposób prawdziwość złożonego wówczas wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Również w sprawie, której dotyczył wyrok z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3628/21, nie została podważona okoliczność, iż stan spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej trwał przez cały okres postępowania. Co więcej, zamawiający prowadzący wówczas postępowanie, był w posiadaniu dokumentu polisy ubezpieczenia OC obowiązującej w zakwestionowanym w odwołaniu okresie. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż w cytowanym przez Odwołującego ww. orzeczeniu stwierdzono, iż nie ulega wątpliwości, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu winno być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czyli jak w tym przypadku w momencie składania oferty. Tymczasem w rozpoznawanej obecnie sprawie podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wprost wskazywały, że w okresie od złożenia oferty do dnia 9 lutego 2024 r. włącznie, Odwołujący nie posiadał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganej przez Zamawiającego wysokości.

Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego, iż treść wezwania wystosowanego do Odwołującego w dniu 16 lutego 2024 r. była niejasna. Odwołujący wskazuje w sposób wybiórczy na wyrwany z kontekstu fragment wezwania *„nie odpowiadają one w pełni treści SWZ*", pomijając, iż w wezwaniu tym jasno wskazano, jakiego warunku udziału w postępowaniu dotyczą zastrzeżenia Zamawiającego, podkreślono i pogrubiono wymaganą wysokość sumy gwarancyjnej, opisano jakie dokumenty Odwołujący złożył i co z nich wynika, jak i wprost poinformowano, że na dzień składania ofert Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ponieważ polisa wraz z aneksami na sumę gwarancyjną 9 000 000 zł obowiązywała od 10 lutego 2024 r. Zamawiający zaznaczył też, że wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie wstępne o spełnieniu warunków, a składane na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty musza potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego. W ocenie Izby wezwanie skierowane do Odwołującego w sposób dostateczny artykułowało wątpliwości Zamawiającego i powody jego decyzji, a wykonawca na podstawie tego wezwania był w stanie prawidłowo zidentyfikować, dlaczego Zamawiający uznał, że złożone podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Również bezzasadne jest podnoszenie przez Odwołującego, że przedmiotowe wezwanie miałoby być wadliwe z tego względu, że wskazano w nim, że Zamawiający wzywa wykonawcę do „złożenia" podmiotowego środka dowodowego, a nie do jego „uzupełnienia". Abstrahując od użytej nomenklatury oczywistym jest, że kompleksowa lektura wezwania wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający uznał, iż złożone podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto siłą rzeczy, aby uczynić zadość wezwaniu, wykonawca powinien dokument „złożyć". W związku z tym sformułowanie użyte przez Zamawiający w treści

wezwania w żaden sposób nie uchybia jego prawidłowości.

Odnosząc się na koniec do okoliczności, iż Odwołujący uzyskał aneks nr 4 do Polisy serii K nr 26011022 zmieniający datę wejścia w życie zmian objętych aneksem nr 3, Izba wskazuje, iż okoliczność ta pozostaje irrelewantna dla rozstrzygnięcia. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonała oceny zgodności z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na skierowaniu do Odwołującego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Ocena czy złożony w odpowiedzi na to wezwanie dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykracza poza zakres przedmiotowego postępowania odwoławczego i pozostaje w gestii Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wynika z ustaleń Izby Zamawiający oceny takiej jeszcze nie dokonał, co potwierdził podczas rozprawy. Wynik tej oceny będzie podlegał zaś ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odrębnego środka ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:……..……..... .....