

WYROK
z dnia 23 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kawa

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **13 lutego 2012 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Warbud S.A., Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp.j., 00-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, 80-531 Gdańsk, ul. Sucha 12,**

przy udziale wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk SA z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność zamawiającego z 3 lutego 2012 r. polegającą na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, 80-531 Gdańsk, ul. Sucha 12 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Warbud S.A., Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp.j., 00-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, 80-531 Gdańsk, ul. Sucha 12** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Warbud S.A., Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Sp.j., 00-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku, ul. Sucha 12, 80-531 Gdańsk wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Kompleksowe zabezpieczenie przeciwpowodziowe Żuław – ETAP I – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku», realizowanego w ramach działania 3.1 priorytetu III Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013: 1) Rzeką Wisła – odbudowa prawego wału przeciwpowodziowego na odcinku Czerwone Budy – Drewnica w km 87+350-89+500, gm. Stegna, pow. Nowy Dwór Gdański, woj. pomorskie; 2) Rzeką Wisła – odbudowa prawego wału przeciwpowodziowego na odcinku Palczewo-Czerwone Budy w km 73+000 -86+600, gm. Ostaszewo, pow. Nowy Dwór Gdański, woj. pomorskie; 3) Rzeką Wisła – odbudowa prawego wału przeciwpowodziowego na odcinku Lisewo-Palczewo w km 66+000-73+000, gm. Lichnowy, pow. Malbork, woj. Pomorskie«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10.12.2011 r. pod nrem 2011/S 238-384175.

Zamawiający, 3 lutego 2012 r., wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Warbud SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa i [2] Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Spółka Jawna, ul. 23 Stycznia 15, 41-260 Sławków do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Warbud SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** i [2] Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno-Wiertniczych Grażyna Janik, Roman Kuś Spółka Jawna, ul. 23 Stycznia 15,

41-260 Sławków, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 13.02.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zażądanie od odwołującego złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, pomimo załączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnienie warunku;
- 2) innych przepisów wymiennych bądź wynikających z treści odwołania, które odwołujący wymienił na rozprawie: art. 26 ust. 2c Pzp i § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 3 lutego 2012 r. polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Argumentacja odwołującego

I. Pismem z 3 lutego 2012 r. (znak MW.JRP-3200/B07,B08,B11/34/2012) zamawiający

wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy na dzień składania ofert wykonawca posiada dowód opłacenia polisy ubezpieczeniowej lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności do kwoty nie mniejszej niż 15.000.000 zł oraz do uzupełnienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

II. Żądanie zamawiającego było bezzasadne, gdyż właściwy dokument, tj. dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, został złożony wraz z ofertą.

III. Zgodnie z pkt 7.1.20 specyfikacji, zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Do oferty została załączona m.in. Polisa nr 0361003722 na sumę gwarancyjną 10.000.000,00 euro wraz z oświadczeniem Ubezpieczyciela, tj. Chartis Europe SA Oddział w Polsce, że termin zapłaty składki dotyczącej tej polisy przypada na 31 marca 2012 r., a zatem na dzień złożenia oferty składka nie była wymagalna. Załączona do oferty Polisa nr 0361003722 obejmująca okres od 1.01.2012 r. do 31.12.2012 r. jest kontynuacją Polisy o tym samym numerze, tj. Polisy nr 0361003722 obejmującej okres od 1.01.2011 r. do 31.12.2011 r. Polisy są opłacane składką roczną, zgodnie z harmonogramem opłat. W roku 2012 termin wymagalności składki upływa w dniu 31 marca 2012 r. Powyższe potwierdza istnienie ciągłości ochrony ubezpieczeniowej i jej kontynuacji w cyklu rocznym, a także regularnego opłacania składek dotyczących posiadanego ubezpieczenia.

IV. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca może załączyć „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

V. Do oferty został załączony inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. Certyfikat potwierdzający posiadanie przez Warbud ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wymagają aby „inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia” był złożony wraz z dowodem jego opłaty.

VI. Certyfikat potwierdzający posiadanie ubezpieczenia jest dokumentem wystarczającym do potwierdzenia spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud i PRG-W warunku postawionego przez zamawiającego, a jego złożenie

jest dopuszczalne w sytuacji braku możliwości złożenia opłaconej polisy OC. Podobnie wyrok KIO z 17 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 19/11.

VII. Również akt nadrzędny w stosunku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 2c wskazuje, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W przedmiotowym stanie faktycznym konieczność złożenia takiego

dokumentu wynika z następującej, uzasadnionej przyczyny:

1. Umowa ubezpieczenia jest zawierana przez Vinci Construction Division Europe Centrale – spółkę matkę (Ubezpieczający), a Ubezpieczonymi są wymienione w polisie spółki z Grupy Vinci, w tym Warbud S.A.

2. Warbud S.A. jako podmiot ubezpieczony, a nie ubezpieczający, nie ma wpływu na określanie warunków zawieranej umowy ubezpieczeniowej takich jak terminy płatności składek.

3. Płatnikiem składki jest ubezpieczający. Warbud, nie będąc płatnikiem składki, nie ma możliwości wcześniejszego jej uregulowania.

4. Warbud nie ma zatem obiektywnej możliwości załączenia do oferty dowodu opłacenia składki, przed upływem terminu jej zapłaty.

5. Wobec powyższego stwierdzić należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca nie ma obiektywnej możliwości złożenia dowodu opłaty składki, której termin wymagalności jeszcze nie nastąpił.

6. Z powodu braku możliwości załączenia do oferty opłaconej polisy, do oferty został załączony inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. Certyfikat potwierdzający posiadanie przez Warbud ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

VIII. Mając na uwadze okoliczność, że w ofercie znalazły się dokumenty potwierdzające, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wezwanie z 3 lutego 2012 r. należy uznać za nieuzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 13 lutego 2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 14 lutego 2012 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca **Hydrobudowa Gdańsk SA** z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 17 lutego 2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 20 lutego 2012 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

1. Zamawiający 3 lutego 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

2. Zamawiający w pkt 7.1.20 specyfikacji postawił warunek złożenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający w pkt 6.2.3.3 specyfikacji określił minimalną kwotę ubezpieczenia na kwotę 15.000.000,00 zł.

3. Odwołujący w ofercie złożył polisę nr 0361003855 na kwotę 2.208.750,00 zł (s. 280 oferty) z potwierdzeniem opłacenia składki (s. 290 oferty) oraz polisę nr 0361003722 na kwotę 10.000.000,00 euro (s. 306 oferty) i oświadczenie ubezpieczyciela (s. 315 oferty), że termin płatności składki przypada na 31 marca 2012 r., a cyt. „do tego dnia składka ubezpieczeniowa nie jest wymagalna”.

4. Zamawiający wnioskuje, że odwołujący posiadał właściwie opłaconą jedynie pierwszą polisę na kwotę 2.208.750,00 zł, a druga polisa nie była opłacona.

5. Zamawiający 3 lutego 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

6. Odwołujący 8 lutego 2012 r. poprosił o unieważnienie wezwania i załączył polisę na okres od 01.01.2011 r. do 31.12.2011 r. z dowodem opłacenia składki. Ponadto odwołujący

stwierdził, że nie ma możliwości wcześniejszego opłacenia składek, gdyż tak stanowi umowa z ubezpieczycielem.

7. Odwołujący załączył do oferty inny dokument potwierdzający, że odwołujący jest właściwie ubezpieczony.

8. Zamawiający stwierdza, że odwołujący nie złożył w ofercie właściwych dokumentów potwierdzających ubezpieczenie odwołującego na kwotę wymaganą w pkt 6.2.3.3 specyfikacji.

9. § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane stanowi o obowiązku opłacenia polisy na dzień składania ofert, a nawet jeżeli w przepisach kodeksu cywilnego (art. 814 § 1 Kc) późniejsze opłacenie nie wpływa na spełnienie warunku. Podobnie wyrok KIO z 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1623/11. Również zamawiający przytacza wyroki KIO 2537/11, 2531/11, 2572/11 i 2621/11.

10. Zdaniem zamawiającego, argumentacja odwołującego, że odwołujący nie jest ubezpieczającym, a tylko ubezpieczonym i nie ma wpływu na treść zawieranej umowy, ani na termin opłacenia składki lub możliwość jej wcześniejszego opłacenia, dlatego też może złożyć w przypadku braku opłaconej polisy inny dokument, tj. certyfikat, jest chybiony z tej racji, że nie może tu być mowy o braku polisy, gdyż odwołujący polisę taką załączył do oferty, co sam przyznaje w odwołaniu, a więc był w jej posiadaniu, tyle że była to polisa nie opłacona.

Odwołujący nie może więc zamiennie powoływać się na złożony certyfikat i oświadczenie ubezpieczyciela jako na inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Wykonawca w pierwszej kolejności składa polisę, a w przypadku jej braku inny dokument. Gdyby wykonawca nie złożył w ogóle drugiej polisy wówczas, zdaniem zamawiającego, mógłby powoływać się na certyfikat.

11. W ocenie zamawiającego nie jest zasadnym argument podniesiony przez odwołującego, że załączona do oferty polisa nr 0361003722 obejmująca okres od 01.01.2012 r. do 31.12.2012 r. jest kontynuacją polisy o tym samym numerze, tj. polisy nr 0361003722 obejmującej okres od 01.01.2011 r. do 31.12.2011 r., w odniesieniu do obowiązku złożenia polisy opłaconej.

Kolejna polisa, chociaż opatrzona tym samym numerem, jest nową umową i może zapewniać jedynie ciągłość umowy ubezpieczeniowej, ale określona w obu umowach składka jest jednorazowa (nie są to raty składki, gdzie wystarczyłoby opłacenie pierwszej wymagalnej raty na dzień weryfikacji ofert, aby uznać polisę za opłaconą – wyrok z 21 lutego

2011 r., sygn. akt KIO/248/11). Pozostaje faktem, że polisa w dacie weryfikacji (składania ofert) nie była opłacona.

12. Uznanie przez zamawiającego, że złożona nieopłacona polisa nr 0361003722 zapewniająca ochronę ubezpieczeniową może być zastąpiona certyfikatem i oświadczeniem wystawionym przez ubezpieczyciela byłaby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ustawodawca dopuszczając wyjątek od ww. zasady w art. 26 ust. 3 Pzp pozwolił wykonawcy na uzupełnienie na wezwanie zamawiającego brakujących dokumentów, jednakże przepis ten wyraźnie wskazuje, że złożone w wyniku wezwania zamawiającego dokumenty i oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł pismo 21 lutego 2012 r. (art. 186 ust. 4 Pzp), w którym wskazuje na zasadność oddalenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jako dowód w sprawie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 2c Pzp przez zażądanie od odwołującego uzupełnienia dokumentów, dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, pomimo załączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnienie warunku – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający postawił warunek w pkt 7.1.20 specyfikacji złożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 15.000.000 zł

Odwołujący dołączył do oferty m.in. Polisę nr 0361003722 na sumę gwarancyjną 10.000.000,00 euro wraz z oświadczeniem ubezpieczyciela, tj. Chartis Europe SA Oddział w Polsce, że termin zapłaty składki dotyczącej tej polisy przypada na 31 marca 2012 r., a zatem na dzień złożenia oferty [30 stycznia 2012 r.] składka nie była wymagalna. Odwołujący dołączył do oferty na stronach 314 i 315 inne dokumenty niż opłacona polisa: certyfikat i oświadczenie ubezpieczyciela, że termin płatności składki dotyczącej tej polisy przypada na 31 marca 2012 r. i do tego dnia składka ubezpieczeniowa nie jest wymagalna.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wykonawca ma dołączyć do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w określonym zakresie. Również na podstawie art. 26 ust. 2c Pzp wykonawca może przedstawić – w przypadku zaistnienia uzasadnionych przyczyn – inny dokument w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Dokument ten musi w wystarczający sposób potwierdzać spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W świetle tych przepisów certyfikat (str. 314 oferty) jest innym dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia, a oświadczenie (str. 315) jest umotywowaniem zaistnienia przyczyny uzasadniającej możliwość dołączenia do oferty innego dokumentu. W związku z tym wykonawca wykazał spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Mimo to zamawiający 3 lutego 2012 r. (znak pisma MW.JRP-3200/B07,B08,B11/34/2012) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy na dzień składania ofert wykonawca posiada dowód opłacenia polisy ubezpieczeniowej lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności oraz do uzupełnienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817) stanowi, że zamawiający żąda cyt. „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane są skierowane przede wszystkim do zamawiających, aby musieli oni ograniczyć wymagania dołączania do oferty dokumentów znajdujących się w tym rozporządzeniu. Przepisy § 1 ust. 1 tego

rozporządzenia zawierają zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednak prawodawca dopuścił w § 1 ust. 1 pkt 10 przytaczanego rozporządzenia, w przypadku braku opłaconej polisy, możliwość żądania przez zamawiającego innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Również taka możliwość, wykazania spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w przypadku zaistnienia uzasadnionej przyczyny, jest określona w art. 26 ust. 2c Pzp.

Właśnie ze względu na możliwość wystąpienia sytuacji czy dokumentów nieprzewidzianych w przytaczanym Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w ustawie znajduje się przepis art. 26 ust. 2c Pzp. Przepis ten z kolei daje uprawnienie wykonawcom do złożenia innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Wobec potwierdzenia w ofercie w wystarczający sposób spełnienia warunku przez wykonawcę, zamawiający nie miał prawa żądać uzupełnienia dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia jest adnotacja podnoszona przez zamawiającego zawarta w certyfikacie cyt. „Umowa ubezpieczenia potwierdzona Polisą nr 0361003722 stanowi jedyną podstawę odpowiedzialności”, gdyż dla zamawiającego istotne jest istnienie samej umowy ubezpieczenia, a nie jest ważny sposób rozliczeń między ubezpieczonym i ubezpieczycielem. Potwierdzenie istnienia umowy ubezpieczenia zostało zawarte w zdaniu poprzednim certyfikatu, cyt. „Niniejszy certyfikat stanowi potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr 0361003722”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że odwołanie – w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2c Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez zażądanie od odwołującego uzupełnienia dokumentów, dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie. Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«*.

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Również odwołujący przywołał naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Ponadto zamawiający w przypadku zrodzenia się u niego jakichkolwiek wątpliwości w stosunku do oferty ma prawo, a ze względu na regułę prowadzenia postępowania z należytą starannością, ma obowiązek korzystania z art. 87 ust. 1 Pzp i żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu bezpodstawnego żądania od odwołującego wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2c Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....