Sygn. akt KIO 653/13

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. "AQUA-System" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Witosa 118, 2. K…….. B……., prowadząca działalność gospodarczą pn. B……. K…… "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3, 3. J……. B……., prowadzący działalność gospodarczą pn. B……. J…….. "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3,**

w postępowaniu prowadzonym przez **AQUA Spółka Akcyjna, 43-300 Bielsko-Biała, ul. 1 Maja 23,**

przy udziale wykonawcy **Zygmunt Seweryn, prowadzący działalność gospodarczą pn. Z…….. S……. Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych "ZRIB", 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności:
- badania oferty odwołującego w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, przez przedłożenie opłaconej polisy OC w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia;
- oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
2) kosztami postępowania obciąża AQUA Spółka Akcyjna, 43-300 Bielsko-Biała,

---

ul. 1 Maja 23 i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. "AQUA-System" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Witosa 118, 2. K…….. B……., prowadząca działalność gospodarczą pn. B…….. K…… "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3, 3. J……. B……., prowadzący działalność gospodarczą pn. B…….. J…… "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3, tytułem wpisu od odwołania,
2.2.) zasądza od AQUA Spółka Akcyjna, 43-300 Bielsko-Biała, ul. 1 Maja 23 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. "AQUA-System" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Witosa 118, 2. K…….. B……., prowadząca działalność gospodarczą pn. B…….. K…… "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek, ul. Magnolii 3, 3. J…….. B……, prowadzący działalność gospodarczą pn. B……. J…….. "INSTAL-BRATEK", 43-211 Piasek,
ul. Magnolii 3, kwotę **22 460 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bielsku-Białej.**

Sygn. akt KIO 653/13

Uzasadnienie

Zamawiający - AQUA Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *Dokończenie robót objętych zakresem Kontraktu 3b: Budowa kanalizacji sanitarnej i budowa wodociągu w dzielnicy Lipnik; Budowa kanalizacji sanitarnej i budowa wodociągu w dzielnicy Kamienica; Budowa kanalizacji sanitarnej i budowa wodociągu w dzielnicy Olszówka; Realizowanego w ramach Projektu: „Poprawa stanu gospodarki wodno-ściekowej w dzielnicach miasta Bielska-Biała”.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27/12/2012 r., nr 2012/S 248-410063.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. ”AQUA System” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, 2. K…….. B……., prowadząca działalność gospodarczą pn. B…….. K…… ”INSTAL-BRATEK” z siedzibą w Piasku, 3. J…….. B……, prowadzący działalność gospodarczą pn. B…… J……. ”INSTAL-BRATEK” z siedzibą w Piasku - wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 7 ust. 1 i 3 przez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców,
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez wykluczenie odwołującego bez wykazania i udowodnienia, że w złożonych dokumentach dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6 ppkt 1.3. lit. c) SIWZ - *posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,*
3) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą.

4) art. 92 ust. 1 pkt 3 przez brak pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyny wykluczenia odwołującego.
5) § 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. z 2009 Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3) ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty odwołującego,
4) wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, iż wykonanie wnioskowanych w pkt 1-4 czynności będzie skutkowało wyborem oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej (odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, a jedynym kryterium oceny ofert jest kryterium ceny) i uzyskaniem zamówienia publicznego.
Odwołujący został zawiadomiony o czynności zamawiającego - o rozstrzygnięciu postępowania, w tym odrzuceniu oferty odwołującego, w dniu 12 marca 2013 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł następujące okoliczności. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jako

uzasadnienie faktyczne czynności podał jedynie, że: „Przyczyną wykluczenia jest nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ pkt 6.1.3) c), tj. przedłożenia opłaconej polisy OC w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą związanej z przedmiotem zamówienia dla Lidera Konsorcjum firmy „AQUA-SYSTEM" Sp. z o.o.".
Odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego, podnosząc, jak niżej.
1. W pkt 6 SIWZ - *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,* ppkt 1.3. lit. c) - zamawiający ustalił, jako warunek udziału w postępowaniu, potwierdzający znajdowanie się przez wykonawców w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, posiadanie: *c) ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie* prowadzonej działalności *związanej z przedmiotem zamówienia.*
W pkt 7 - *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,* w ppkt A 4) lit. c) SIWZ - zamawiający wskazał jedynie, 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,* zwanego

„rozporządzeniem", jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie spełniania tego warunku:
4) Na potwierdzenie, sytuacji ekonomicznej i finansowej:
c) opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający ustalając warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, nie określił sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, na jaką powinni być ubezpieczeni wykonawcy składający oferty. Powyższe może świadczyć o tym, że dla zamawiającego fakt posiadania ubezpieczenia nie miał istotnego znaczenia i był jedynie czysto formalnym wymogiem.

Odwołujący załączył do oferty POLISĘ Nr 998A-306518 UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 28 stycznia 2013 r. Z treści polisy wynika, że ubezpieczony objęty jest ubezpieczeniem w okresie od 1 lutego 2013 r. do 31 stycznia 2014 r. Przy zawieraniu umowy ubezpieczenia strony ustaliły, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem pierwszej raty składki w kwocie 17 500,00 zł, płatnej do 15 lutego 2013 r. Ustalenia stron umowy były zgodne z przepisami art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego. W związku z tym, odwołujący nie załączył do Polisy OC dowodu opłacenia pierwszej raty składki, z uwagi na to, że w dniu upływu terminu składania ofert (6 lutego 2013 r.) termin wymagalności zapłaty tejże raty jaszcze nie nastąpił.

Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający uznał, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, powinien był wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia bądź dokumentu potwierdzającego, że załączona do oferty polisa została opłacona, bądź do złożenia innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej.
Pismem z dnia 1 marca 2013 r., Nr FZ/96/2013, zmawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał odwołującego w terminie do dnia 6 marca 2013 r. do: *(...) dostarczenia dowodu opłacenia polisy OC dołączonej do oferty dla Lidera Konsorcjum firmy „AQUA-SYSTEM" Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej ul. Witosa 118, gdyż z załączonych dokumentów nie wynika, że na dzień składania ofert, tj. na dzień 06.02.2013 r. polisa została opłacona.*

Zamawiający w wezwaniu bezpodstawnie ograniczył zakres dokumentów, jakie powinien złożyć odwołujący celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, do

żądania wyłącznie dowodu opłacenia polisy OC. Wezwanie nie zawierało wskazania

złożenia innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca nie dysponuje opłaconą polisą.

Odwołujący w dniu 6 marca 2013 r., w wyznaczonym terminie, doręczył zamawiającemu *Pismo wykonawcy* L.dz. 122/2013 z dnia 5 marca 2013 r., w którym wyczerpująco wyjaśnił powód nie załączenia do oferty dowodu opłacenia POLISY Nr 998A-306518 UNIOA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 28 stycznia 2013 r.

Odwołujący załączył do pisma też Zaświadczenie UNIOA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 15 lutego 2013 r., z którego jednoznacznie wynika, że objęty jest ochroną ubezpieczeniową nieprzerwanie od 1 lutego 2011 r., w szczególności od 1 lutego 2013 r. w tym na dzień 6 lutego 2013 r., tj. na dzień upływu terminu składania ofert. Ponadto, do pisma załączony został dowód opłacenia w dniu 14 lutego 2013 r. pierwszej raty składki w kwocie 17 500 zł.

Wobec powyższych okoliczności odwołujący stwierdził, że na dzień składania ofert potwierdził spełnianie warunku określonego w pkt 6 ppkt 1.3. lit. c) SIWZ, tj.: *posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.* Faktem jest, że nie potwierdził tego dokumentem w postaci opłaconej polisy, ponieważ polisa, jaką dysponował nie wymagała dla swojej ważności i skuteczności na dzień upływy terminu składania ofert opłacenia pierwszej raty składki. Niemniej jednak, złożona w ofercie POLISA Nr 998A-306518 oraz Zaświadczenie UNIQA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała z dnia 15 lutego 2013 r., potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu - posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania ofert. Na podstawie wymienionych dokumentów, zamawiający podjął w dniu 12 marca 2013 r. decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Z bardzo lakonicznego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia o wykluczeniu odwołującego z postępowania wynika jedynie, że *Przyczyną wykluczenia jest nie spełnienie Warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ pkt 6.1.3) c), tj. przedłożenia opłaconej polisy OC w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą związanej z przedmiotem zamówienia dla Lidera Konsorcjum firmy „AQUA-SYSTEM" Sp. z o.o.* Zamawiający wykluczył odwołującego za nieprzedstawienie właściwego dokumentu. Z uzasadnienia decyzji zamawiającego nie wynika zakwestionowanie faktu, że odwołujący w

dniu upływu terminu składania ofert był ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, czyli spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu nie odniósł się do faktu przekazania mu Zaświadczenia UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała z dnia 15 lutego 2013 r., z którego treści wynika, że odwołujący posiada ochronę ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością oraz posiadanym mieniem od 1 lutego 2011 r. a ostatnim dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia jest POLISA Nr 998-A 306518 obejmująca okres ubezpieczenia od dnia 1 lutego 2013 r. do dnia 31 stycznia 2014 r.

Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego pominął to, że ustawodawca w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia dopuścił przedłożenie przez wykonawcę na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności, nie tylko opłaconej polisy, ale także innego dokumentu potwierdzającego fakt posiadania takiego ubezpieczenia. Fakt posiadania przez odwołującego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zamawiający mógł stwierdzić na podstawie dokumentów złożonych pierwotnie przez odwołującego w ofercie oraz dokumentów przekazanych w odpowiedzi na wezwanie - Zaświadczenia UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko- Biała. O ile z samej polisy wynikał okres ubezpieczenia od 1 lutego 2013 r. do 31 stycznia 2014 r. oraz brak dokonania wpłaty pierwszej raty składki, o tyle

Zaświadczenie UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała umożliwiało zamawiającemu stwierdzenie, że czas ochrony ubezpieczeniowej jest tożsamy z okresem ubezpieczenia, pomimo obowiązku opłacenia pierwszej raty składki w terminie późniejszym.

2. Zdaniem odwołującego, sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, jak również wskazanie dokumentu, który należy złożyć na jego potwierdzenie, nie mogą być podstawą do wykluczenia odwołującego. Wskazanie, jako wymaganego dokumentu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, nie powinno stać na przeszkodzie pozytywnej ocenie wykazania przez odwołującego spełniania warunku posiadania ubezpieczenia przez załączenie do oferty opisanej powyżej polisy, dla której pierwsza rata składki nie była opłacona na dzień upływu terminu składania ofert z uwagi na to, że zgodnie z umową ubezpieczeniową termin jej zapłaty jeszcze nie upłynął.

Odwołujący podniósł, że należy mieć na uwadze, iż polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, o którym mowa w przepisie art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego. W przedmiotowej sprawie strony umowy ubezpieczania zgodnie z

przepisem art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego ustaliły, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem pierwszej raty składki w kwocie 17 500 zł płatnej do 15 lutego 2013 r. Przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia nie może być interpretowany, jako wyłączenie lub ograniczenie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przewidzianej na mocy Kodeksu cywilnego prawnej możliwości ułożenia stosunku prawnego w ten sposób, że wykonawca, jest ubezpieczony przed zapłaceniem nawet pierwszej raty składki.
Z załączonej do oferty POLISY Nr 998-A 306518 oraz Zaświadczenia UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała wynika, że odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową w dniu składania ofert (6 lutego 2013 r.), przy jednoczesnym określeniu terminu płatności pierwszej raty składki na 15 lutego 2013 r. Nie można, zatem uznać, że odwołujący na dzień składania ofert nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a nie rodzaj dokumentu składanego na jego potwierdzenie (opłacona polisa czy też inny dokument).

Odwołujący wskazał, że przedstawiona argumentacja znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności w wyrokach: z dnia 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 19/11), z dnia 12 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1366/11), z dnia 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1941/11), z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2234/11), z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 250/12), z dnia 26 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1243/12).

3. Na potwierdzenie swojego stanowiska, odwołujący powołał się na opracowanie - M. Makowski, Nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów - omówienie zmian po nowelizacji ustawy z 5.11.2009 r. w Pzp. Kwartalnik, Nr 1 (24)/2010, wyd. C.H. Beck.

4. Wskazał akty wykonawcze dotyczące dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia (polis ubezpieczeniowych lub innych dokumentów potwierdzających ubezpieczenie), wydanych na podstawie ustaw - o zamówieniach publicznych, Prawo zamówień publicznych, a także dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) - *art. 44 ust. 1. Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień, stanowi, że: Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których*

mowa w art. 47 - 52 oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych

reguł i kryteriów określonych w ust. 3. Ponadto jak wynika z art. 47 ust. 1 pkt a) dyrektywy *(Sytuacja ekonomiczna i finansowa): Według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów: odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytuł ryzyka zawodowego.* Natomiast art. 47 ust. 5 dyrektywy stanowi, że: *Jeżeli z jakiejkolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów, wymaganych przez instytucję zamawiającą, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni.*

Treść przepisów wykonawczych oraz dyrektywy pozwala jednoznacznie stwierdzić, że wolą ich autorów było uzyskanie potwierdzenia spełniania przez danego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do wymaganej od tegoż wykonawcy odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tenże wymóg należało wówczas uznać za spełniony, jeżeli dany wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia publicznego. Dla zamawiającego istotne było istnienie (obowiązywanie) samej umowy ubezpieczenia, albowiem z tego faktu wynikało, że dany wykonawca posiada zdolności finansowe pozwalające na skutecznej objęcie jego przedsiębiorstwa wymaganą ochroną ubezpieczeniową.

5. Odwołujący podkreślił też fakt, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażający się m.in. w literalnym interpretowaniu przepisów ustawy oraz towarzyszących jej przepisów wykonawczych, nie może przesłaniać nadrzędnych celów postępowania. Jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest utrzymanie w postępowaniu tych wykonawców, których oferty zgodne są z treścią SIWZ, co z kolei ma się przyczynić do zapewnienia racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Takie stanowisko znajduje też swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO – wyroki: z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt KIO 2075/11; z dnia 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2698/10; z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 455/08.

Odwołujący złożył w postępowaniu dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej w postaci POLISY Nr 998-A 306518 oraz Zaświadczenia UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała, które zawierają odroczony termin płatności - do 15 lutego 2013 r. Polisa, która obowiązuje strony, obejmuje ubezpieczonego zakresem ochrony od dnia 1 lutego 2013 r., tj. obejmuje okres przed upływem terminu

---

składaniem ofert - jest wiążąca. Odwołujący przedstawił ważną Polisę, która potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, że termin jej opłacenia upływa po upływie terminu składnia ofert powinien pozostawać bez wpływu na ocenę złożonego dokumentu. Powyższe twierdzenie znalazło też swoje szerokie uzasadnienie w piśmie odwołującego z dnia 05.03.2013 r., do którego dołączono Zaświadczenie UNIOA TU S.A (w aktach dokumentacji przetargowej).
W tych okolicznościach nie sposób stwierdzić, że na dzień 6 lutego 2013 r., w którym upływał termin składnia ofert, odwołujący nie spełniał opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odwołujący nie może podlegać zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że z dokumentów złożonych w ofercie (POLISA Nr 998-A 306518) oraz w wyniku uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (Zaświadczenia UNIOA TU S.A. Oddział Bielsko-Biała) wynika jednoznacznie, że na dzień 6 lutego 2013 r. posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Reasumując, odwołujący uznał, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy i skutkiem tego jest konieczność i zasadność wniesienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła stan faktyczny sprawy.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w skrócie „SIWZ", w pkt 6.1.3) lit. c) zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału wykonawców w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazując wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W pkt 7.A.4) lit. c) zamawiający zamieścił wymóg załączenia 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* (opis odpowiadający literalnie treści § 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).
Odwołujący załączył do oferty polisę nr 998A- 306518 wystawioną przez UNIQA TU S.A. w Łodzi potwierdzającą zawarcie w dniu 28 stycznia 2013 r. umowy ubezpieczenia,

zawierającą ustalenia: okres ubezpieczenia 01.02.2013 - 31.01.2014, wysokość składki 35 000 zł, ratalna zapłata składki w 2. ratach: I rata w wysokości 17 500 zł płatna do 15.02.2013 r., II rata w wysokości 17 500 zł płatna do dnia 01.08.2013 r.
Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 01.03.2013 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, *do dostarczenia dowodu opłacenia polisy OC dołączonej do oferty (…), gdyż z załączonych dokumentów nie wynika, że na dzień składania ofert, tj. na dzień 06.02.2013 r. polisa została opłacona,* wskazując termin wykonania czynności do dnia 06.03.2013 r.
Odwołujący złożył w wymaganym terminie pismo z dnia 5 marca 2013 r. wyjaśniając, że w dacie upływu terminu składania ofert był objęty ubezpieczeniem, pomimo nie opłacenia I i II raty składki (nie nastąpił termin wymagalności płatności). Podał, powołując się na treść art. 814 § 1 Kc, że strony umowy uzgodniły, iż odpowiedzialność ubezpieczeniowa ubezpieczającego rozpocznie się już w dniu 1 lutego 2013 r. i będzie trwała do 31 stycznia 2014 r. Odwołujący załączył do pisma zaświadczenie ubezpieczyciela z dnia 15.02.2013 r., w którym ubezpieczyciel potwierdził posiadanie przez odwołującego ochrony ubezpieczeniowej od 01.02.02013 r. do dnia 31.01.2014 r., opłacenie wymaganych składek (ich rat) od początku współpracy. Potwierdził też, że ochrona ubezpieczeniowa wykonawcy trwa nieprzerwanie od 2011 r. Wskazał także, że *zgodnie z art. 814 § 1 Kc strony umowy ubezpieczenia mogą wyznaczyć termin zapłaty pierwszej raty i kolejnych w terminach późniejszych, natomiast odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń trwa od okresu wskazanego w polisie, tj. w przedmiotowym wypadku, w odniesieniu do ostatniej polisy, od dnia 01.02.2013 r.*
Odwołujący załączył też potwierdzenie zapłaty I raty składki w kwocie 17 500 zł w dniu 14.02.2013 r.
Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznał ofertę za odrzuconą na podstawie ust. 4 tego artykułu. W uzasadnieniu podał, że: *Przyczyną wykluczenia jest nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ pkt 6.1.3) c), tj. przedłożenia opłaconej polisy oc w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą związanej z przedmiotem zamówienia dla Lidera Konsorcjum firmy „AQUA-SYSTEM" Sp. z o.o.* (pismo zamawiającego - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty).
Zamawiający, wnosząc na rozprawie o oddalenie odwołania, wyjaśnił, że oceniając wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego, kierował się w istocie zasadą formalizmu, mając na uwadze zapewnienie w postępowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z tego powodu żądał od odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, potwierdzenia zapłacenia składki ubezpieczeniowej. Na podstawie opinii prawnej UZP (Informator UZP 4/2012) uznał, że nieopłacona polisa w terminie składania ofert nie może stanowić potwierdzenia spełniania

warunku. Nie uznał również zaświadczenia z dnia 15.02.2013 r., jako innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie zamiast polisy, gdyż w jego ocenie, z innego dokumentu składanego zamiast polisy, powinno też wynikać potwierdzenie zapłacenia składki ubezpieczeniowej przed upływem terminu składania ofert. Podkreślił, że wobec różnych przypadków rozstrzyganych w orzecznictwie, musiał podjąć bardzo trudną decyzję z uwagi

na fakt, że cena oferty odwołującego jest najniższa spośród 10. złożonych ofert, niższa od ceny oferty wybranej o około 800 000 zł.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Z……. S……, prowadzący działalność gospodarczą pn. Z…… S……. Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ”ZRIB” z siedzibą - Międzybrodzie Bialskie, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w skrócie „przystępującym”. Oferta tego wykonawcy została wybrana, jako najkorzystniejsza.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie złożonym na rozprawie podniósł, że wobec złożenia polisy, która w dniu upływu terminu składania ofert nie była opłacona i ustalenia terminu płatności I raty składki na dzień 15.02.2013 r. (termin składania ofert upłynął w dniu 06.02.2013 r.), słuszne było stanowisko zamawiającego o zastosowaniu procedury z art. 26 ust. 3 Pzp. Z zaświadczenia ubezpieczyciela złożonego na wezwanie, w ocenie przystępującego, nie wynika, że odwołujący przed upływem terminu składania ofert był również ubezpieczony.
Ponadto wskazał, że zaświadczenie nie może być innym dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie, wobec istnienia polisy. Powołał się na opinię prawną UZP.

Izba zważyła.
Odwołujący uprawniony jest do wniesienia odwołania w świetle przesłanek wymienionych w art. 179 ust. 1 Pzp, złożył ofertę z najniższą ceną przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, zatem w przypadku wykazania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, ma możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Postanowienia rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…) nie wyłączają stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 14 Pzp, przepisów Kodeksu cywilnego. Wobec braku regulacji dotyczących ubezpieczenia w ustawie Pzp, właściwym jest stosowanie przy ocenie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu potwierdzanego przez złożenie opłaconej polisy ubezpieczeniowej, przepisów dotyczących umowy ubezpieczenia - art. 805 i następnych Kc, w szczególności art. 813 § 2, z którego wynika możliwość innego terminu zapłaty składki niż jednoczesnego z zawarciem

umowy ubezpieczenia, art. 814 § 1 Kc wskazującego możliwość rozpoczęcia odpowiedzialności ubezpieczyciela od innego dnia niż od dnia następującego po zawarciu umowy i innego dnia niż - nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.
Odwołujący złożył wraz z ofertą polisę ubezpieczeniową, potwierdzającą objęciem ubezpieczenia wykonawcy od 1 lutego 2013 r. do 31 stycznia 2014 r. W polisie wskazano płatność składki w ratach, termin zapłacenia pierwszej raty upływał w dniu 15.02.2013 r., zatem w dacie upływu terminu składania ofert (6 lutego 2013 r.) płatność raty nie była wymagalna.
Na wezwanie zamawiającego, naruszające przepis art. 26 ust. 3 Pzp, przez zawężenie wezwania *do dostarczenia dowodu opłacenia polisy OC dołączonej do oferty,* odwołujący złożył zaświadczenie, w którym ubezpieczyciel potwierdził nieprzerwane ubezpieczenie odwołującego od 2011 r., objęcie ochroną ubezpieczeniową odwołującego aktualną polisą od 1 lutego 2013 r. mimo niezapłacenia pierwszej raty, jako skutek *wyznaczenia przez strony umowy ubezpieczeniowej zapłaty pierwszej raty i kolejnej w terminach późniejszych.*

Błąd zamawiającego podniesiony w odwołaniu (str. 4), w zakresie wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, polegał na żądaniu dowodu opłacenia polisy dołączonej do oferty z oczekiwaniem, że opłacenie polisy miało miejsce przed upływem terminu składania ofert. Uzyskanie takiego dokumentu było nierealne. Z polisy wynikało, że w dacie upływu terminu składania ofert nie upłynął termin zapłaty pierwszej raty i odwołujący nie dołączył do polisy dowodu zapłaty, wobec tego polisa nie została opłacona przed upływem terminu składania ofert. Zatem, odwołujący nie mógł dostarczyć na wezwanie dowodu opłacenia polisy wskazującego datę zapłaty pierwszej raty przed upływem terminu składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w okolicznościach przedstawionych w tym przepisie - zamawiający wzywa wykonawców, którzy

w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (…), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, (…), zawierające błędy (…), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (…).
Wskazany przepis, stanowiący gwarancję wobec wykonawców, że nie zostaną wykluczeni z postępowania bez możliwości dokonania czynności naprawczych, ewentualne niewłaściwości w ofertach zostaną usunięte na tym etapie postępowania, zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w razie braku w ofercie dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających błędy, nie precyzując rodzaju i zakresu błędów. W drodze wykładni dotyczącej stosowania ustawy Pzp przyjęto, że wezwanie ma miejsce również w

razie złożenia oświadczeń lub dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie z kolei zwrócono uwagę na precyzyjność wezwania, którego treść nie powinna nasuwać żadnych wątpliwości, co do czynności wymaganych od odwołującego. Zatem, wezwanie powinno wskazywać czynność realną do wykonania przez wezwanego wykonawcę.

Zdaniem Izby, odwołujący składając na wezwanie zamawiającego zaświadczenie ubezpieczyciela, potwierdził opłacenie polisy, przy uwzględnieniu, że zapłata składki ustanowiona została w ratach. Skoro przed upływem terminu składania ofert płatność składki nie była wymagalna, nie można uznać, że polisa nie została opłacona w rozumieniu wymagań zawartych w SIWZ.

W opinii prawnej UZP, przywoływanej w postępowaniu odwoławczym, uwzględniającej orzecznictwo wskazano (Podsumowanie, tiret 4), że: *w przypadku, gdy umowa ubezpieczeniowa przewiduje rozłożenie zapłaty kwoty ubezpieczenia na raty, zamawiający może żądać potwierdzenia opłacenia jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert (…).*

W orzecznictwie Izby uznaje się, że w analogicznych do rozpoznawanego stanach faktycznych spraw, wykonawcy właściwie wykazali spełnianie warunku udziału w postępowaniu, m.in. wyrok z dnia 26 marca 2013 r., sygn. akt KIO 575/13.
W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11 Sąd Okręgowy we Wrocławiu uznał, że inny dokument, w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…), powinien tylko potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy (str. 27).

Reasumując, Izba uznała, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, bez uwzględnienia: że odwołujący w dacie upływu terminu składania ofert był objęty nieprzerwanym ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, ustanowionym do 31 stycznia 2014 r., a więc nie wyłącznie na czas trwania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia; dowodu potwierdzającego ten fakt - polisy z rozłożoną na raty płatnością składki, nie budzącą wątpliwości; dodatkowo złożonego zaświadczenia ubezpieczyciela potwierdzającego fakt ubezpieczenia odwołującego przed upływem terminu składania ofert i opłacenia składki w terminie ustanowionym w polisie.

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……