Sygn. akt: KIO 2761/12

WYROK
z dnia 3 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELTEL Sp. z o.o., A…….. J……... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Ekotel A…….. J……..., Butrans - Poznań Materiały Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolską Sieć Szerokopasmową S.A. z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Sprint S.A. w Olsztynie Oddział w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELTEL Sp. z o.o., A…….. J……... prowadzącą działalność gospodarcza pod nazwą Ekotel A…….. J……..., Butrans - Poznań Materiały Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** i,

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ELTEL Sp. z o.o., A…….. J……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Ekotel A…….. J……., Butrans - Poznań Materiały Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

---

Konsorcjum: ELTEL Sp. z o.o., A…….. J……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Ekotel A…….. J……..., Butrans - Poznań Materiały Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu na rzecz zamawiającego **Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2761/12

UZASADNIENIE

W dniu 14 grudnia 2012 roku (pismem z dnia 11 grudnia 2012 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010, Nr 113 poz. 759

ze zm. zwanej dalej „ ustawą Pzp"), odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - ELTEL sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); Ekotel A…….. J……. (Uczestnik Konsorcjum); Butrans-Poznań Materiały Budowlane sp. z o. o. (Uczestnik Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Poznaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego Wielkopolską Sieć Szerokopasmową S.A. z siedzibą w Poznaniu w ramach Projektu pn.: *Budowa Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz.1623 ze zm.), za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego - tj. infrastruktury pasywnej regionalnej światłowodowej sieci szerokopasmowej w obszarze inwestycyjnym nr 2, obejmującym powiaty: leszczyński, rawicki, wolsztyński, nowotomyski, gostyński, grodziski, kościański.*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod numerem: 2012/S 156-260442 w dniu 16 sierpnia 2012 roku.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na wykluczeniu z postępowania Odwołującego w toku dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowej czynności zarzucono:

1. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wystawienie druku polisy potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu ubezpieczeniowej, datą późniejszą niż data wniosków z (26.10.2012r.) składania przetargowym, o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (25.09.2012r.) nie spełnia wymogów Zamawiającego i nie wykazuje spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przetargowym, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia dokumentu - potwierdzenia przelewu składki za polisę ubezpieczeniową, a w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu,
3. naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie faktu opłacenia polisy ubezpieczeniowej, a w konsekwencji

bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu Odwołującego,
2. powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności:
   1. wpisu od odwołania,
   2. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (zgodnie z fakturą VAT),
   3. kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (rachunki przedstawione zostaną na rozprawie).

W uzasadnieniu wskazano, że jako jeden z wymogów udziału w prowadzonym postępowaniu Zamawiający wskazał konieczność przedstawienia opłaconej polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ostatecznie ustalony na dzień 25.09.2012r.

W toku badania złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia opłaconej polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej uznając, że przedstawione promes zawarcia takiej polisy jest niewystarczająca.

W odpowiedzi wykonawca przedstawił opłaconą polisę ubezpieczeniową ważną na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (25.09.2012r.), ale wystawioną z datą późniejszą (26.10.2012r.).

Pismem z dnia 05 grudnia 2012 roku (doręczonym w dniu 05.12.2012r.) Zamawiający wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu wskazując w uzasadnieniu, że: „Wykonawca *we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożył opłaconej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 10 000 000 PLN. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca złożył jedynie promesę ubezpieczeniową, której Zamawiający nie uznał za dokument określony w sekcji III pkt 2.2) ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie 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. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem „Załączenie do oferty promesy ubezpieczenia zamiast polisy ubezpieczenia OC nie jest*

dopuszczalne, ponieważ promesa ubezpieczenia jest jedynie dokumentem stanowiącym obietnicę zawarcia umowy ubezpieczenia i (...) nie potwierdza faktu posiadania ubezpieczenia OC" (Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 4 maja 2005 r. UZP/ZO/0-828/05, patrz też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 marca 2009 r. KIO/UZP 168/09: KIO/UZP 189/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2012 r. KIO 1156/12). Mając powyższe na uwadze pismem z dnia 23.10.2012r., Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy OC. W uzupełnieniu wykonawca załączył polisę OC wystawioną w dniu 26.10.2012r. obejmującą okres ubezpieczenia od dnia 25.09.2012r. do dnia 25.09.2013r. Zamawiający uznał zatem, że również w przypadku uzupełnionego dokumentu polisy OC wykonawca nie przedstawił dowodu iż na dzień 25.09.2012r. posiadał ubezpieczenie OC z tytułu prowadzonej działalności na kwotę 10.000.000 PLN. W ocenie Zamawiającego polisa z dnia 26.10.2012 r. nie może być zakwalifikowana jako dokument wymagany w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż jej wystawienie 26.10.2012r. potwierdziło fakt nie posiadania ubezpieczenia OC przez wykonawcę w dniu 25.09.2012r., a ponadto nawet w uzupełnieniu do wniosku wykonawca nie przedstawił dowodu opłacenia polisy OC (mimo, iż termin opłacenia I raty składki określony został na 26.10.2012 r., a uzupełnienie wykonawcy datowane jest na 29.10.2012r.).

Reasumując, podstawą wykluczenia Odwołującego było stwierdzenie przez Zamawiającego, iż: Odwołujący przedstawił polisę ubezpieczeniową z datą wystawienia (26.10.2012r.) późniejszą niż data składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (25.09.2012r.), Odwołujący nie przedstawił potwierdzenia przelewu składki za polisę ubezpieczeniową. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko Zamawiającego jest wadliwe.

Z trybu uzupełniania dokumentów uregulowanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wystawienie zaświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym z datą późniejszą niż data składania ofert spełnia wymogi Zamawiającego. Nie można przyjąć by niemożliwe było wystawienie zaświadczenia z datą późniejszą niż data składania ofert, ponieważ uniemożliwiłoby to uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto uzupełniony dokument z reguły wystawiony jest z datą późniejszą niż data wskazująca upływ terminu składania ofert i ma jedynie potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie KIO np.: wyrok KIO sygn. akt KIO/ UZP 1249/09, wyrok KIO sygn. akt KIO/624/10; wyrok KIO sygn. akt KIO 858/11.

Podkreślić należy, że treść uzupełnianego dokumentu (polisy), wyraźnie wskazuje, że określony warunek (termin obowiązywania polisy - początek dnia 25.09.2012r.), który potwierdzany jest tym dokumentem był wypełniony w dniu w którym upływał termin

składania wniosków (25.09.2012r.). W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż Odwołujący spełnił wymogi Zamawiającego przedkładając polisę ubezpieczeniowa ważna na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający ma obowiązek przeanalizować każdy z dokumentów dołączonych do oferty. W przypadku gdy Zamawiający stwierdzi braki w dokumentach - jest obowiązany do żądania ich uzupełnienia - zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Przedłożenie przez wykonawcę

kompletu dokumentów, które jednak nie potwierdzają postawionych warunków udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Sytuacja taka rodzi te same skutki jak w przypadku niezłożenia przez wykonawcę żądanych dokumentów. A zatem najpierw powinna prowadzić do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W kontekście powyższego zauważyć należy, iż Zamawiający nie wzywał jako dotąd wykonawcy do przedstawienia potwierdzenia przelewu składki za ubezpieczenie - jeżeli z treści polisy wynika, że nie jest ona opłacona to zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia - por. wyrok KIO o sygn. akt. KIO/2523/10. Zamawiający nie wezwał również Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Podkreślić należy, iż jakkolwiek wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne (por. KIO/UZP 27/09, KIO/UZP 1530/08, KIO/UZP 1385/08 i KIO/UZP 1398/08, KIO/UZP 1042/08, KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08), to nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określonego we wcześniejszym wezwaniu (KIO/UZP 1530/08) - jak wskazano wyżej, Zamawiający nigdy nie wzywał Odwołującego do przedstawienia potwierdzenia przelewu składki za ubezpieczenie (por. np. sygn. akt KIO 1210/11).

W stanie rzeczy Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do przedstawienia potwierdzenia przelewu składki za ubezpieczenie, a co najmniej wezwać do złożenia wyjaśnień, czego jednak nie uczynił, bezpodstawnie wykluczając Odwołującego z postępowania.

Mając na względzie powyższe Odwołujący stwierdził, że odwołanie uznać należy za zasadne i konieczne.

Opłata od odwołania, 20.000,00 zł, uiszczona została na konto Urzędu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 13 grudnia 2012 roku.

W dniu 17 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie, wnosząc

o nieuwzględnianie odwołania. Wezwanie do zgłoszenia przystąpienia wykonawca otrzymał w dniu 14 grudnia 2012 roku. Wykonawca stwierdził, że wszystkie zarzuty i argumentacja jest w całości niesłuszna. Zgłaszający wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania i rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, jako że ma możliwość złożenia konkurencyjnej oferty spełniającej wymogi przedstawione w ogłoszeniu, a zatem realną szansę na zdobycie zamówienia. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do nieuzasadnionego zwiększenia grona oferentów i w konsekwencji złożenia oferty przez podmiot niezdolny do realizacji zamówienia, na warunkach niezbędnych dla Zamawiającego. Wszystkie te okoliczności mogą doprowadzić do uszczerbku w interesie prawnym i materialnym zgłaszającego i de facto zmniejszyć szanse Sprint S.A. na uzyskanie zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania, a zgłoszenie uznano za skuteczne.

W dniu 28 grudnia 2012 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnioskując o jego oddalenie i obciążenie Odwołującego się kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wskazał, że odwołujące się konsorcjum zostało wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący się nie przedstawił wymaganej w ogłoszeniu o zamówieniu opłaconej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej OC w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 10 000 000 PLN. Odwołujący się złożył jedynie promesę ubezpieczeniową, której Zamawiający nie uznał za dokument określony w sekcji III pkt 2.2) ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie za opłaconą polisę. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego się do przedstawienia w trybie uzupełnienia dokumentów -zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - dokumentu opłaconej polisy OC. W uzasadnieniu wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wyraźnie wskazał, że przedłożenie przez Odwołującego się promesy ubezpieczeniowej nie

stanowi dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, i że wykonawca zobowiązany jest pod rygorem wykluczenia z postępowania do złożenia opłaconej polisy OC, przez co rozumieć należy, że wykonawca zobowiązany był do złożenia:

1) dokumentu polisy ubezpieczeniowej
2) dowodu jej opłacenia.

W uzupełnieniu wniosku Odwołujący się przedłożył polisę OC wystawioną w dniu 26.10.2012 r., obejmującą okres ubezpieczenia od dnia 25.09.2012 r. do dnia 24.09.2013 r. Wraz z polisą OC Odwołujący się nie przedstawił dowodu jej opłacenia, mimo że termin opłacenia pierwszej raty składki określony został na dzień 26.10.2012 r., tj. na dzień wystawienia polisy, a uzupełnienie dokumentu datowane jest na 29.10.2012 r.

Zamawiający w oparciu o powyższe uzupełnione dokumenty uznał, iż również w przypadku uzupełnionego dokumentu polisy OC Odwołujący się nie przedstawił dowodu, iż w dniu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu posiadał ubezpieczenie OC z tytułu prowadzonej działalności na sumę co najmniej 10 000 000 PLN, i że polisa OC została opłacona. W ocenie Zamawiającego polisa z dnia 26.10.2012 r. nie może być zakwalifikowana jako dokument wymagany w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż jej wystawienie 26.10.2012 r. nie potwierdziło faktu posiadania ubezpieczenia OC w dniu 25.09.2012 r., a wręcz przeciwnie potwierdzało, że w dacie 25.09.2012 r. Wykonawca nie posiadał ubezpieczenia na kwotę 10.000.000 zł. Bez wątpienia też ww. polisa nie została opłacona na dzień 25.09.2012 r.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wymagał, aby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przetargu (dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności. Podstawę do żądania ww. dokumentu stanowił § 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. 2009 r. Nr 226, poz. 1817 ze zm.), zgodnie z którym zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Złożona polisa OC - zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów - winna być opłacona. Wymóg przedłożenia opłaconej polisy powinien być spełniony w terminie weryfikacji spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu.

Zamawiający kierując się z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym załączenie do oferty promesy ubezpieczeniowej zamiast polisy ubezpieczenia OC nie potwierdziło faktu posiadania ubezpieczenia OC, gdyż promesa jest jedynie dokumentem stanowiącym obietnicę zawarcia ubezpieczenia, wezwał konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy OC. Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2531/11; wyrok z dnia 21 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1156/12). W niniejszym postępowaniu termin ten przypadał na dzień 25.09.2012 r.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż na gruncie orzecznictwa KIO ugruntowany został pogląd, iż *„Późniejsze wypełnienie obowiązku opłaty polisy przez wykonawcę nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie*

publiczne. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych bezwzględnie bowiem wymagają przedłożenia przez wykonawców dokumentu opłaconej polisy, a także dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu." - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2011 r. KIO 2537/11, LexPolonica nr 3027359.

Ponadto Odwołujący się uzupełniając dokument polisy OC w dniu 29.10.2012 r. nie

przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego opłacenia polisy (raty składki) pomimo, iż jej treść określała terminy płatności i kwoty poszczególnych rat, zaś termin zapłaty pierwszej raty składki ubezpieczeniowej określony został na dzień 26.10.2012 r., a zatem w dniu uzupełnienia swojego wniosku wykonawca posiadał dowód opłacenia składki ubezpieczeniowej - co jednak i tak nie zmienia faktu, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca nie posiadał ubezpieczenia OC, a tylko na ten dzień (25.09.2012 r.) spełnienie warunku posiadania tego ubezpieczenia mógł badać Zamawiający.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wniosku (oferty) tylko i wyłącznie **jednokrotnie** w zakresie danego dokumentu stanowiącego element wniosku (oferty). Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, iż *„wezwanie do złożenia dokumentu w trybie art. 26 ust.* 3 *PZP jest traktowane jako czynność jednokrotna, niepowtarzalna"* - wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 r. KIO/UZP 27/09 (patrz także: wyrok KIO z dnia 18 września 2008 KIO/UZP 926/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 950/08, LexPolonica 2306777). Odwołujący powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej podziela i podkreśla, że ponowne wezwanie Odwołującego się do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie dokumentu w postaci potwierdzenia przelewu składki na ubezpieczenie byłoby naruszeniem reguły jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu. Zamawiający wezwał Odwołującego się **do uzupełnienia opłaconej polisy** potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 10 000 000 PLN. Treść wezwania była jednoznaczna - a było nią: wezwanie do przedłożenia dokumentu opłaconej polisy OC. Stąd nie było możliwe, jak sugeruje Odwołujący się, ponowne wezwanie Odwołującego się do złożenia dowodu uiszczenia składki do polisy OC. Taka sytuacji byłaby możliwa tylko wtedy, gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentu polisy, a następnie ponownie wezwał o uzupełnienie dokumentu w postaci dowodu uiszczenia składki (opłacenia polisy). W przedmiotowym przypadku Zamawiający ze względu na ekonomikę postępowania wezwał wszystkich wykonawców o komplet brakujących dokumentów, a w przypadku Odwołującego się nie pozostaje wątpliwym to, że Odwołujący się został wezwany jednocześnie do złożenia: dokumentu polisy, dowodu opłacenia polisy. Pozostali wykonawcy biorący udział w przedmiotowym

postępowaniu zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w terminie 7 dni. Udzielenie Odwołującemu się kolejnego terminu na uzupełnienie wniosku w przedmiocie opłaconej polisy OC naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jednocześnie nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że uzupełnienie wniosku Odwołującego się w zakresie przedłożenia opłaconej polisy OC winno nastąpić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż złożona promesa ubezpieczeniowa nie mogła zastąpić polisy ubezpieczenia OC, a w konsekwencji nie mogła potwierdzić faktu posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez Wykonawcę działalności. Fakt ten potwierdził sam Odwołujący się.

W ocenie Zamawiającego przedłożony dokument polisy OC wystawiony w dniu 26.10.2012 r. nie potwierdził, iż Odwołujący się spełnił warunki podmiotowe na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie mógł też po 29.10.2012 r. wezwać Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w tym samym zakresie co wezwanie do uzupełnienia dokumentów (opłaconej polisy OC), gdyż również naruszyłoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wezwaniem do złożenia wyjaśnień nie można zastępować, czy też uzupełniać braków dokumentów. Tak więc wezwanie wykonawcy Odwołującego się (jak sam wskazuje w odwołaniu) do złożenia wyjaśnień nie pozwoliłoby bynajmniej na uzupełnienie dokumentu w postaci dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej.

Zamawiający zobowiązany był do podjęcia decyzji o uwzględnieniu wniosku Odwołującego się lub jego wykluczeniu w oparciu o dokumenty złożone wraz z wnioskiem Odwołującego się i uzupełnieniem dokumentów dokonanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Złożone po tych terminach dokumenty i wyjaśnienia nie mogą być brane przez Zamawiającego pod uwagę, gdyż naruszałoby to konkurencję między wykonawcami.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp

poprzez nieuzasadnione dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy i uniemożliwienie złożenia wykonawcy ważnej oferty. Wykluczenie wykonawcy z postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości potencjalnego wyboru jego oferty, tym samym uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia i prawidłowo zaprezentowano dokonane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, co w odpowiedzi na odwołanie potwierdził również Zamawiający.

Na rozprawie strony oraz uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie w toku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SIWZ.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy wykonawca Odwołujący się podlega wykluczeniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie przedstawił dokumentu potwierdzającego posiadanie opłaconej polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu kwotę.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż polisa jest dokumentem żądanym przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie na potwierdzenie spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu,

a mianowicie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Odnosząc się do kwestii opłacenia polisy stwierdzić należy, iż rozporządzenie w sprawie dokumentów (§1 ust. 1 pkt 10) stanowi, iż Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający może żądać „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".

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpatrywanej sprawy, stwierdzić należało, że kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było ustalenie, czy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także postanowień ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej na sumę co najmniej 10 000 000 PLN przez dokumenty złożone razem z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uzupełnione na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Drugą kwestią, o której Izba musiała rozstrzygnąć, była kwestia czy Odwołujący zobowiązany może być ponownie do złożenia dodatkowych dokumentów na wezwanie do ich uzupełnienia ze strony Zamawiającego w sposób wymagany i określony przez Zamawiającego, czy też przedłożenie dodatkowych dokumentów nie jest konieczne dla wykazania spełniania warunków udziału.

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie wyraża stanowisko, że złożone przez Odwołującego we wniosku dokumenty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności oraz dokumenty uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, nie potwierdzają spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł.

Zauważyć należy, iż przedłożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie dokument ubezpieczenia wskazywał, iż wysokość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla konsorcjum wynosi poniżej wymaganych SIWZ 10 000 000,00 zł łącznie. Ponadto dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że załączono jedynie promesę ubezpieczeniową na łączną sumę przekraczającą 10 000 000,00 zł, która nie stanowi dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (powyższego Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu). Prawidłowe było zatem wezwanie Zamawiającego z dnia 23 października 2012 roku, wystosowane na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywające do uzupełnienia dokumentów, w postaci *„opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę co najmniej 10 000 000 PLN".*

W wyniku wezwania Odwołujący wskazał, że uzupełnia wniosek o *„polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wymaganą sumę w wysokości 10 000 000,00 PLN wraz z potwierdzeniem opłacenia pierwszej raty składki".* Do pisma załączono jednak tylko polisę datowaną na 26 października 2012 roku, gdzie wskazano jako okres ubezpieczenia 25.09.2012 do 24.09.2014, składkę płatną w czterech ratach, natomiast zapłata I raty wypadała na 26.10.2012 roku. Nie załączono natomiast jakiegokolwiek dowodu opłacenie polisy, czy zapłacenia I raty składki przypadającej przed terminem wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów.

O ile dyskusyjna może być decyzja Zamawiającego wynikająca z pisma uzasadniającego wykluczenie wykonawcy, że *„wykonawca nie przedstawił dowodu iż na dzień 25.09.2012 posiadał ubezpieczenie OC z tytułu prowadzonej działalności na kwotę 10 000 000 PLN",* o tyle z pewnością należy podzielić stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nie przedstawił dowodu opłacenia polisy OC.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu odnośnie warunku zdolności ekonomiczno – finansowej wykonawcy są przeniesieniem regulacji zawartej w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż wykonawca składając dokument ubezpieczenia OC zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu dowód na potwierdzenie okoliczności opłacenia polisy. Obowiązek ten wynika wprost z treści przywołanego § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach, gdzie ustawodawca wyraźnie postanowił, iż polisa ta ma być opłacona. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż opłacił należną składkę ubezpieczeniową. Zgodnie bowiem treścią art. 26 ust. 2a to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków, czyli spełniania

warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie, czy też składanych w wyniku wyjaśnień. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż dokumenty uzupełniane mogą być wystawione czy też poświadczone po dacie składania wniosków, istotne jest jednak, by z dokumentów tych wynikało, iż spełniono warunki udziału w postępowaniu na datę składania wniosków. Data wystawienia dokumentu uzupełnianego na wezwanie Zamawiającego nie musi być równoznaczna z datą, na którą następuje potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże w takim przypadku z treści składanego dokumentu, czy

oświadczenia musi wyraźnie wynikać, że warunek, który potwierdzany jest tym dokumentem bądź oświadczeniem był spełniony najpóźniej, w dniu w którym upływał termin składania ofert lub wniosków. Jest to ugruntowane stanowisko doktryny, potwierdzone licznym orzecznictwem zarówno Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych.
W przedmiotowym przypadku należało uznać, iż złożona polisa z dnia 26.10.2012 roku ale obejmująca ubezpieczeniem okres od 25.09.2012 do 24.09.2014, pod warunkiem przedstawienia dowodu opłacenia I raty składki, mogłaby potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez odwołujące się konsorcjum wykonawców. Jednakże w uwagi na nieprzedłożenie powyższego dowodu opłacenia polisy uznano, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum z postępowania była prawidłowa. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał Zamawiający, a więc posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę, jeżeli ubezpieczyciel zdecydował się objąć zakresem ubezpieczenia okres wstecz od wystawienia polisy. Odwołujący w tej części nie kwestionował stanowiska Zamawiającego odnoszącego się do faktu, iż przedstawienie polisy nawet wystawionej z datą późniejszą niż data składania wniosków ale z objęciem zakresem ubezpieczenia okresu wstecz nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu na ten dzień, ponieważ w tym dniu polisa ta nie była polisą opłaconą. Tak sformułowanego zarzutu nie odnaleziono w odwołaniu. Odwołanie odnosiło się do możliwości złożenia dokumentu z datą późniejszą niż termin składania wniosków w ogóle (tego Zamawiający nie kwestionował), a w kwestii opłacenia polisy raczej do brzmienia wezwania do uzupełnienia dokumentów i interpretacji treści tegoż wezwania, a nie do faktu na jaki dzień powinien być datowany dowód potwierdzający fakt opłacenia polisy i czy data ta może wypadać po terminie składania wniosków, jeżeli okresem ubezpieczenia objęto okres od składania wniosków, a zapłata I raty składki przypadała po tej dacie. Z uwagi na brzmienie zarzutów i żądań odwołania, rozstrzygnięcie tej kwestii formalnej leżało poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej sprawie.

Nie można również uznać, że Odwołujący powinien być ponownie wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, ponieważ do tej pory nie był wzywany do przedstawienia przelewu składki za polisę ubezpieczeniową. Owszem, wykonawca może być wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określony we wcześniejszym wezwaniu, jednak dotyczącego innego warunku, innego zakresu niezbędnego do uzupełnianie a odnoszącego się do tego samego warunku lub innego dokumentu, którego uzupełnienie stało się konieczne na przykład w związku ze złożonymi wyjaśnieniami. Nie jest wszakże możliwe ponowne wezwanie do

uzupełnienia tego samego, tożsamego dokumentu potwierdzającego posiadanie opłaconej polisy ubezpieczeniowej. Zważyć należy, iż wykonawca był wzywany do uzupełnienia „opłaconej polisy (…)", a uzupełniając dokumenty wykonawca wskazał, że składa „potwierdzenie opłacenia pierwszej raty składki". Sama nazwa tego dokumentu (przelew, przekaz, dowód opłacenia, dowód zapłaty) jest irrelewantna dla przedmiotu sporu. Istotne jest, aby wraz z polisą potwierdzić jakimkolwiek dokumentem, że została ona prawidłowo opłacona, czego wykonawca Odwołujący się nie uczynił i nie może być On ponownie

wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego samego dokumentów (teraz inaczej określonego), ponieważ powyższe stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji, a więc naruszałoby art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Nie stwierdzono naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ nie ma potrzeby wzywania odwołującego się konsorcjum do składania jakichkolwiek wyjaśnień w przedmiocie przedstawienia dowodu opłacenia polisy OC. Sam wykonawca wskazał, że uzupełnia dokumenty o potwierdzenie opłacenia I raty składki. Niezałączenie powyższego dowodu opłacenia jest technicznym przeoczeniem ze strony wykonawcy, skutkującym jednoczenie tym, że nie wykazał On spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie. Fakt posiadania takiego dowodu opłacenia w tym momencie nie wpływa na sytuację prawną wykonawcy i nie może być brany pod uwagę przy ocenie prawidłowości jego wniosku.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena warunku udziału odnośnie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez Zamawiającego w zakresie wniosku Odwołującego podczas jego oceny była prawidłowa i wykonawca ten prawidłowo został wykluczony z postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: