

Sygn. akt: KIO 1894/13

## WYROK

z dnia 20 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Sylwester Kuchnio</b>
	<b>Honorata Łopianowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paweł Nowosielski</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe EFEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szomańskiego 8 i Dextrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Górnicza 30/36** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w mieście stołecznym Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5**

przy udziale **wykonawcy STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1894/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe EFEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szomańskiego 8 i Dextrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Górnicza 30/36 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców**

wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe EFEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szomańskiego 8 i Dextrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Górnicza 30/36** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe EFEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szomańskiego 8 i Dextrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Górnicza 30/36** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w mieście stołecznym Warszawie Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5** kwotę 3 567 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Zadanie 1. Docelowe odtworzenie nawierzchni ulic na trasie Kolektora „W” (ul. Trakt Lubelski na odc. Ul. Kadetów – ul. Zwoleńska; ul. Zwoleńska na odc. Ul. Trakt Lubelski – ul. Rogatkowa) wraz z odwodnieniem. Zadanie 2 Budowa kanalizacji ściekowej w ul. Trakt Lubelski na odc. Od proj. Kolektora „W” w ul. Kadetów do ul. Klimontowskiej zostało wszczęte przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w mieście stołecznym Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013r. za numerem 2013/S 104-177550.

W dniu 26 lipca 2013r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe EFEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szomańskiego 8 i Dextrol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Górnicza 30/36 – dalej odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że wymagał w pkt. 6.1.4. lit. a IDW Część I siwz, aby wykonawca dołączył do oferty 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. Opłacona polisa lub inny dokument, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, powinna potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 5.1.4. lit. a IDW Część I siwz. Zamawiający wskazał, że odwołujący załączył do oferty opłacone polisy OC na łączną kwotę 8 000 000zł., a minimalna wartość ubezpieczenia powinna wynosić 15 000 000zł. Zamawiający wezwał zatem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty przez złożenie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący w swoim uzupełnieniu z dnia 22 lipca 2013r. przedstawił polisę nr BUK-186801 z datą obowiązywania od 9 lipca 2013r. do 8 lipca 2014r. opłaconą w dniu 16 lipca 2013r.. Termin składania ofert upływał w dniu 9 lipca 2013r. Zamawiający podniósł, że dokumenty składane w ramach uzupełnienia powinny potwierdzać, że warunek był spełniony w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołał się do treści § 1 ust. 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Podniósł, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 5.1.4. lit. a IDW Część I siwz. Na poparcie swego stanowiska zamawiający wskazał na opinię Urzędu Zamówień Publicznych oraz wyrok Izby z dnia 10 sierpnia 2011r. sygn. akt KIO 1623/11 i wyrok Izby z dnia 6 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2537/11.

W dniu 5 sierpnia 2013r. na piśmie zostało wniesione odwołanie od niezgodnego z prawem wykluczenia odwołującego z postępowania i w związku z tym uznania jego oferty za odrzuconą, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także od naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego poprzez niezwrócenie wadium odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej i z ostrożności od bezpodstawnego zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania wykonawcy, który wykazał spełnianie warunków w postępowaniu;
- art. 24 ust. 4 ustawy przez bezprawne uznanie oferty odwołującego - wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania, za odrzuconą;
- art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 92 ust. 2 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy przez niedokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która uzyskałaby najwięcej punktów w kryterium cena i spełnia wszystkie warunki udziału w postępowania;
- art. 46 ust. 1 ustawy przez niezwrócenie wadium odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej;
- art. 46 ust. 4a ustawy poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium odwołującego.

Wniósł o niezwłoczne zwrócenie wadium, uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, uznanie, że zamawiający bezprawnie zatrzymał wadium odwołującego.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę z najniższą ceną, która została bezprawnie uznana za odrzuconą przez zamawiającego, posiada więc, w jego ocenie, interes w złożeniu odwołania. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy przez zamawiającego powoduje, iż odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Gdyby bowiem zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania i w konsekwencji nie odrzucił jego oferty, odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy w sposób zbieżny z przedstawionym przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania dodatkowo wskazując, że w dniu 22 lipca 2013 r. odwołujący przekazał zamawiającemu poza polisą i dowodem opłacenia składki, także oświadczenie ubezpieczyciela Gothaer TU S.A., iż składka należna z umowy

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej potwierdzona polisą BUK-186801 została opłacona w całości oraz, iż pełna ochrona ubezpieczeniowa na warunkach określonych w polisie BUK-186801 obowiązuje od 9 lipca 2013 r. A nadto wskazał, że w dniu 30 lipca 2013 r. zwrócił się do zamawiającego o zwrot wadium, określając ostateczny termin zwrotu wadium na dzień 1 sierpnia 2013 r. Zamawiający pozostawił wskazane wezwanie bez odpowiedzi. Na dzień złożenia odwołania zamawiający nie zwrócił odwołującemu wpłaconego wadium. Jednocześnie odwołujący uzyskał informację, iż zamawiający zamierza zatrzymać mu wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy.

Na marginesie wskazał, iż w dniu 26 lipca 2013 r. przekazał zamawiającemu pismo z załączonym dowodem wpłaty, z którego wynika, iż w dniu 9 lipca 2013 r. opłacił polisę agentowi ubezpieczeniowemu oraz wyjaśnił dlaczego nie mógł przekazać tego dokumentu wcześniej.

Uzasadniając postawione zarzuty odwołujący podniósł, że jego zdaniem, składając na wezwanie zamawiającego polisę BUK-186801 obowiązującą od dn. 9 lipca 2013 r. wraz z dowodem jej opłacenia w dn. 16 lipca br. oraz z oświadczeniem spółki Gother TU S.A., udowodnił on zamawiającemu fakt spełniania warunku pozostawania w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej na dzień składania ofert, tj. na dzień 9 lipca 2013 r.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Także zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert. Oba przepisy odnoszą się w, ocenie odwołującego, do warunków udziału w postępowaniu, który to warunek należy odróżnić od dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę może być wystawiony w dniu późniejszym, niż upływ terminu składania ofert. Zamawiający jest zobowiązany do interpretacji dokumentu w celu stwierdzenia, czy potwierdza on spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składani ofert. Innymi słowy w świetle art. 26 ust. 3 ustawy decydująca jest treść dokumentu, a nie data jego wystawienia (wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-04-23, KIO 835/13).

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, nie ma przeszkód do uznania, iż dokument wystawiony w dacie późniejszej (wyciąg z rachunku bankowego potwierdzający opłacenie polisy, późniejsze oświadczenie ubezpieczyciela) mogą potwierdzać fakt spełniania warunku przez odwołującego już w dniu składania ofert, pomimo faktu, iż były wystawione w terminie późniejszym. Zauważył, iż składanie nieopłaconej faktycznie polisy, której termin zapłaty

jeszcze nie minął, było przyjmowane zarówno przez KIO jak i UZP. Odwołał się w tym zakresie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-04-05, KIO 653/13. Podkreślił, iż przepisy Rozporządzenia są skierowane przede wszystkim do zamawiających, aby nie mogli oni żądać innych dokumentów, nie uwzględnionych w Rozporządzeniu. Przepisy § 1 ust. 1 Rozporządzenia zawierają zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Co więcej treść przepisów wskazuje na dość liberalne podejście ustawodawcy do dokumentów dotyczących zdolności ekonomicznej. Zauważył, iż prawodawca dopuścił w § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia sytuację, w której wykonawca nie może przedłożyć opłaconej polisy. Zamawiający może żądać od takiego Wykonawcy 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 ustawy Pzp, który stanowi, iż 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. Ze względu na możliwość wystąpienia sytuacji czy dokumentów nieprzewidzianych Rozporządzeniem, 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.

Zamawiający pominął zupełnie fakt, iż w dniu wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący przekazał zamawiającemu dokument wystawiony przez ubezpieczyciela, w którym potwierdza się fakt objęcia ochrony ubezpieczeniowej od dnia 9 lipca 2013 r. oraz opłacenia polisy. Tym samym załączono dodatkowo (poza dokumentem potwierdzającym opłacenie) inny dokument potwierdzający fakt objęcia odwołującego ubezpieczeniem. Wskazał w tym zakresie na wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14.07.2011 r., sygn. akt: X Ga 213/11, a także na orzecznictwo KIO z dnia 26 marca 2013 r. sygn., akt KIO 575/13, oraz z dnia 09.03.2011 r. sygn. akt KIO 396/11, z dnia 2013-04-05, sygn. akt KIO 653/13). Podkreślił, iż podobne stanowisko zostało wyrażone w opinii prawnej UZP (Informator UZP 4/2012, podsumowanie, tiret 4) zgodnie z którą 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 (...). Przyjęcie zatem stanowiska, iż kodeksowe zasady swobody umów mają zastosowanie jedynie do umów ubezpieczenia zawartych w ratach, a nie mają do odroczonego terminu płatności jest nie tylko sprzeczna z prawem, równym traktowaniem

wykonawców, oraz z zasadami wykładni logicznej. Odwołujący uważa, że nie można pominąć faktu, że polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, o którym mowa w przepisie art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego. W przedmiotowej sprawie strony umowy ubezpieczenia zgodnie z przepisem art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego ustaliły, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed opłaceniem polisy. 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.

Odwołujący stoi na stanowisku, że nie może podlegać zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na to, że z dokumentów złożonych w ofercie oraz w wyniku uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wynika jednoznacznie, że na dzień 9 lipca 2013 r. posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji uzasadniony jest także zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy skoro więc odrzucenie wykonawcy nastąpiło niezgodnie z przepisami prawa, zamawiający bezpodstawnie uznał ofertę odwołującego za odrzuconą.

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 1 ustawy, to wprawdzie ustawodawca nie określił w ustawie dokładnego terminu, w jakim zamawiający zwraca wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, ograniczając się w tym zakresie jedynie do sformułowania, iż zamawiający powinien zwrócić wadium niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Oferta najkorzystniejsza została wybrana w dn. 26 lipca 2013 r. Dokonując leksykalnej wykładni art. 46 ust. 1 ustawy odwołujący uważa, że zamawiający był zobowiązany do zwrotu wadium bez uzasadnionej zwłoki. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej, według odwołującego za taki termin należy uznać dzień 29 lipca 2013 r. Z całą pewnością zaś na dzień 5 sierpnia 2013 r. zamawiający pozostaje już w zwłoce wobec odwołującego. Odwołujący odwołał się w tym zakresie do wyroku Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06. Wskazał, że przelał 600.000,00 zł bezpośrednio na konto zamawiającego. Zgodnie z zasadami współżycia społecznego, przetrzymanie takiej kwoty przez zamawiającego, może przynieść odwołującemu szkodę przekraczającą ew. zysk uzyskany na podstawie umowy rachunku bankowego zamawiającego.

Dodatkowo, przy ocenie braku zwłoki zamawiającego przy spełnieniu świadczenia, zwrocie wadium, zdaniem odwołującego, należy wziąć pod uwagę podwyższoną miarę należytej staranności, z uwagi na fakt, iż powyższe świadczenie pozostaje w zakresie prowadzonej przez zamawiającego działalności gospodarczej.

Cytowany wyrok zapadł co prawda na gruncie prawa cywilnego, jednak trudno uznać aby niezdefiniowane ustawowo, generalne pojęcie niezwłocznie, mogło nabierać różnego znaczenia na gruncie różnych ustaw.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy z ostrożności, odwołujący podniósł, iż zamawiający nie ma przesłanek do zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego. Zgodnie z ustawą w przypadku wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium jedynie w szczególnym przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powołał w tym zakresie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 1 lutego 2013 r. o sygn. Akt V ACa 664/12 (OSA/Kat. 2013 nr 1, poz. 3, Legalis). Przy stosowaniu tego przepisu zdaniem odwołującego należy brać pod uwagę:

- 1) konieczność dokonywania wykładni celowościowej przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp z uwagi na ściśle określony cel jego wprowadzenia,
- 2) konieczność ścisłego stosowania tego przepisu z uwagi na to, że stanowi on wyjątek od zasady zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana (wyrażonej w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp),
- 3) wyjątkowe stosowanie tego przepisu z uwagi na jego sankcyjny i restrykcyjny charakter.

Wskazać na wyroki wydawane w różnych instancjach:

- 1) wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r. (sygn. 1444/11, w trzysobowym składzie)
- 2) wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. (I Aca 357/10)
- 3) wyrok SN z dnia 07 lipca 2011 r. (II CSK 675/10):

W świetle powyższego orzecznictwa odwołujący uważa za usprawiedliwioną swoją tezę, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki niezbędne do zatrzymania wniesionego przez odwołującego wadium. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lipca 2013r. udzielonego przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zgodnie z zasadami reprezentacji, każdego z nich tj. za PPUH EFEKT sp. z o.o. przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania i za Dextrol sp. z o.o. przez prokurenta samodzielnego ujawnionego w KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną i w formie pisemnej na biuro podawcze zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2013r.

W dniu 6 sierpnia 2013r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.



Do postępowania odwoławczego w dniu 9 sierpnia 2013r. przystąpił Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 po stronie zamawiającego wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i ma szansę na uzyskanie zamówienia, zaś wniesione odwołanie może go tej szansy pozbawić. Przystępujący podniósł także, iż jego interes przejawia się w potrzebie zapewnienia sobie dostępu do środków ochrony prawnej. Przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu faksem, a odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 9 sierpnia 2013r., zgodnie z załączonymi do przystąpienia dowodami.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wezwania zamawiającego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, uzupełnienia dokumentów dokonanego przez odwołującego z dnia 22 lipca 2013r., pisma odwołującego z dnia 26 lipca 2013r. wraz z dowodem wpłaty, pisma odwołującego z dnia 30 lipca 2013r. oraz 13 sierpnia 2013r., informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt. 5.1.4 lit. a siwz zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie objęcia ochroną ubezpieczeniową wymagając, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę stanowiącą co najmniej równowartość 15 000 000,00 PLN. W pkt 6.1.4 lit. a siwz zamawiający w celu oceny spełniania warunku wymagał dołączenia 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. Opłacona polisa lub inny dokument, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, powinna potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.4.lit. aIDW stanowiącej część I siwz,. Zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 5.1.4. lit. a, bi c IDW warunków. W pkt 6.1.6 siwz zamawiający wskazał, że w przypadku dokumentów wymienionych w pkt 6.1.4. wykonawcy działający wspólnie mogą złożyć dokumenty wspólnie, każdy może dotyczyć innego podmiotu występującego wspólnie.

Pomiędzy stronami bezsporne jest to, że w ofercie wykonawca nie wykazał spełnienia warunku z pkt. 5.1.4. na wymaganą kwotę, bezsporne, że zamawiający wzywał wykonawcę

do uzupełnienia oferty przez złożenie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie w terminie do dnia 23 lipca 2013r.. Niesporne jest to, że odwołujący w dniu 22 lipca 2013r. takie uzupełnienie złożył dołączając oświadczenie zakładu ubezpieczeń Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń SA. z dnia 16 lipca 2013r. o tym, że składka należna z umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą BUK-186801 została opłacona w całości i że pełna ochrona ubezpieczeniowa obowiązuje w ramach tej umowy od 9 lipca 2013r., polisę BUK – 186801 obejmującą okres ubezpieczenia 09.07.2013 – 08.07.2014, składkę 7000 PLN i formę płatności składki w terminie do dnia 17.07.2013r. płatną na konto zakładu ubezpieczeń, oraz potwierdzenie dyspozycji przelewu na podane w polisie konto z dnia 16.07.2013r. na kwotę 7 000PLN

W dniu 26 lipca 2013r. odwołujący bez wezwania dodatkowo przesłał dowód wpłaty potwierdzający opłacenie polisy OC nr BUK 186801 w dniu 9 lipca 2013r. u brokera ubezpieczeniowego. Odwołujący wskazał, że nie mógł tego dowodu przedłożyć wcześniej, gdyż nie było z brokerem kontaktu.

W dniu 30 lipca 2013r. oraz w dniu 13 sierpnia 2013r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o zwrot wadium.

Wadium nie zostało do dnia rozprawy zwrócone (okoliczność bezsporna pomiędzy stronami).

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą z niższą ceną niż oferta wybrana. Domaga się on przywrócenia do postępowania, a zatem odwołanie ma stworzyć mu szansę na uzyskanie zamówienia, bo gdyby zostało uwzględnione, odwołujący uzyskałby zamówienie, a jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jakie zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania odwołującego, który uważa, że wykazał spełnianie warunków w postępowaniu; art. 24 ust. 4 ustawy przez bezprawne uznanie oferty odwołującego, który nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, za odrzuconą; art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 92 ust. 2 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy przez niedokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która uzyskaby najwięcej punktów w kryterium cena i spełnia wszystkie warunki udziału w postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wprawdzie podziela pogląd odwołującego, że przedmiotem badania przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest fakt objęcia ochroną ubezpieczeniową, czyli posługując się pojęciami stosowanymi na gruncie ustawy Kodeks Cywilny moment powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela, jednak Izba nie podziela poglądu odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnieje dowolność w wyborze wykonawcy, co do tego za pomocą jakiego dokumentu zamierza dowieść tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ustawodawca bowiem ograniczył zamawiającego w uprawnieniu do żądania oświadczeń czy dokumentów wskazując, w art. 25 ust. 1, jakich rodzajów dokumentów wolno zamawiającemu żądać od wykonawców oraz formułując delegację ustawową do wydania aktu wykonawczego wskazującego na istnienie zamkniętego kręgu dowodów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, a w konsekwencji zamkniętego kręgu dowodów, jakie ci wykonawcy mogą zamawiającemu przedkładać. Ustawodawca jednocześnie wskazał na kolejność przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku ekonomicznego. W art. 26 ust. 2c bowiem wskazał, że posłużenie się innym dokumentem niż wymagany przez zamawiającego jest możliwe dopiero, gdy wykonawca jednocześnie wykaże uzasadnioną przyczynę braku możliwości przedłożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu. Tym samym w pierwszej kolejności zawsze powinna być przedstawiana opłacona polisa. Izba stoi na stanowisku, że wymaganie ustawodawcy, aby wykonawca legitymował się opłaconą w całości polisą lub polisą opłaconą co najmniej w zakresie I raty składki wyraźnie koresponduje z treścią art. 814 §1 kc, zgodnie z którym w typowym nazwanym stosunku cywilnoprawnym umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Tym samym w typowym stosunku ubezpieczenia ochrona ubezpieczeniowa w przypadku odroczonej płatności składki lub I raty składki rozpocznie się w dniu następnym po zapłaceniu tej składki lub jej pierwszej raty. Ustawodawca w art.814 § 1kc przewidział także możliwość kształtowania wolą stron postanowień umowy ubezpieczenia dotyczących momentu powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. W ocenie Izby naprzeciw takiej możliwości prawnej wychodzi właśnie brzmienie § 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), dopuszczając możliwość złożenia innego dokumentu w przypadku braku opłaconej polisy. Takim dokumentem może być polisa z klauzulą wcześniejszego powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela niż dzień następujący po dniu opłacenia składki,

oświadczenie ubezpieczyciela o przyjęciu na siebie odpowiedzialności za zdarzenia zaistniałe w okresie przed opłaceniem składki i mimo jej nieopłacenia z uwagi na nienadejście terminu wymagalności składki lub jej raty, może być to także inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej np. certyfikat. Zarówno polisa opłacona jak i inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, są dokumentami wymaganymi przez zamawiającego w oparciu o treść § 1 cyt. rozporządzenia, zatem zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy dopiero gdy wykonawca takimi dokumentami z uzasadnionej przyczyny nie dysponuje może przedłożyć inny dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności do wykonania zamówienia opisanej w pkt 5.1.4. a siwz. Zgodnie z art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3 i art. 44 ustawy wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc powyższe wywody do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego Izba stwierdza, co następuje:

Po pierwsze odwołujący nie złożył w terminie składania ofert wraz z ofertą opłaconych polis ubezpieczeniowych dokumentujących posiadanie ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez odwołującego działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zamawiającego wartość tj. na 15 mln zł. Odwołujący na dzień składania ofert załączył do oferty dowody potwierdzające spełnianie wymagań zamawiającego na kwotę niższą niż wymagana (okoliczność bezsporna). Natomiast w terminie zakreślonym mu przez zamawiającego przedłożył polisę, która nie mogła potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdyż na ten dzień nie była polisą opłaconą. Opłacenie polisy BUK – 186801 wykazano bowiem w dacie 16 lipca 2013r. – załączony dowód polecenia przelewu, zaś termin składania ofert upłynął w dniu 9 lipca 2013r. Tym samym odwołujący uzupełniając na wezwanie zamawiającego dowody spełniania warunku udziału w postępowaniu nie dysponował opłaconą na dzień składania ofert polisą, a więc nie dysponował dowodem na objęcie go ochroną ubezpieczeniową w dniu 9 lipca 2013r. w postaci opłaconej polisy. To, że polisa przy płatności jednorazowo składki musi być opłacona przed upływem terminu składania ofert w całości, a przy płatności w ratach w zakresie pierwszej raty wiąże się bowiem z momentem powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z tej umowy w rozumieniu art. 814 § 1 kc. Natomiast Izba rozważyła, czy dowód w postaci oświadczenia ubezpieczyciela z dnia 16 lipca 2013r. może stanowić inny dokument w rozumieniu § 1 pkt 11 cyt. rozporządzenia. W ocenie Izby należy podzielić stanowisko przystępującego, że nie. Rację ma przystępujący, że dokument ten potwierdza objęcie ochroną ubezpieczeniową od dnia 9 lipca 2013r., ale już po opłaceniu przez odwołującego składki w dniu 16 lipca 2013r.

Nie ma zatem dowodu na to, że ubezpieczyciel ponosił odpowiedzialność ubezpieczeniową przed zapłaceniem składki. Jest jedynie dowód na to, że z chwilą zapłaty składki ziścił się warunek zawieszający powstanie odpowiedzialności z datą od zawarcia umowy ubezpieczenia. Z żadnego z postanowień polisy nie wynika, że ubezpieczyciel przyjął inny niż określony w art. 814 § 1 kc moment powstania odpowiedzialności, a w myśl tego przepisu powinno to być odrębne uzgodnienie stron. Odwołujący nie wykazał także, że taki wcześniejszy moment powstania odpowiedzialności wynika np. z ogólnych warunków umowy ubezpieczenia. Brak jest zatem dowodu na to, że w dacie 9 lipca 2013r. odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową pomimo braku zapłaty składki. Tym samym przedłożone oświadczenie ubezpieczyciela z dnia 16 lipca 2013r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej na dzień 9 lipca 2013r. Z kolei Izba nie mogła uznać za dowód opłacenia składki w dniu 9 lipca 2013r. dowodu wpłaty KP, gdyż dokument ten nie został złożony w terminie zakreślonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, stąd jego złożenie zamawiającemu w dacie poinformowania wykonawców o wyniku postępowania nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego jaką było wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty. W tej sytuacji Izba w działaniu zamawiającego nie dopatryła się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust 4, art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 1 ustawy przez niezwrócenie wadium odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej i art. 46 ust. 4a ustawy poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium odwołującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 26 lipca 2013r., do dnia 19 sierpnia 2013r. nie zwrócił wadium odwołującemu, mimo tego, że jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą – okoliczność bezsporna. Izba stoi na stanowisku, że art. 46 ust. 4 a ustawy jako przepis sankcyjny musi być wykładany ściśle. Art. 46 ust. 4a stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tym samym jedynym i wyłącznym przypadkiem zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4 a ustawy jest brak złożenia dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W żaden sposób przesłanka zatrzymania wadium nie jest natomiast fakt, że złożone w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oświadczenia lub dokumenty nie zostały pozytywnie ocenione przez

zamawiającego, jako wykazujące spełnianie postawionych warunków. Tym samym jedynie bierność wykonawcy jest karana dodatkową sankcją w postaci zatrzymania wadium, za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca jest już bowiem karany wykluczeniem z postępowania. Tym samym na szczególnie negatywną ocenę prawną w ocenie ustawodawcy może zasługiwać tylko taki wykonawca, który świadomie z przyczyn od siebie zależnych nie składa żądanych w ramach uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Odwołujący na wezwanie zamawiającego przedłożył zarówno polisę jak i dowód jej opłacenia, a więc dokumenty o których mowa w § 1 pkt 11 cyt. rozporządzenia, wydanego z mocy art. 25 ust. 2 ustawy i stanowiącego wykonanie art. 25 ust. 1 ustawy, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy. Przedłożył także inny dokument, którym starał się wykazać fakt objęcia ochroną ubezpieczeniową. Złożył zatem dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 w terminie określonym przez zamawiającego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do zastosowania art. 46 ust. 4 a i nie zastosowania art. 46 ust. 1 ustawy, czym te przepisy naruszył. Jednak z mocy art. 192 ust. 2 ustawy Izba mimo stwierdzenia naruszeń uznała, że stwierdzone naruszenie nie ma ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nie zmienia prawidłowości czynności zamawiającego związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit b i § 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) obciążając odwołującego kosztami uiszczanego wpisu oraz kosztami zastępstwa prawnego poniesionymi przez zamawiającego w związku z uzasadnioną potrzebą obrony.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....