

Sygn. akt KIO 19/11

**WYROK**  
z dnia 17 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **JURANT Spółka jawna S. Matak J. Borkowski, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe BATORY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-220 Zielonka, ul. Ossowska 73** od czynności zamawiającego **Miasto Ząbki, 05-091 Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10**

przy udziale wykonawcy **AG-Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-042 Warszawa, ul. Marywilska 44** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miastu Ząbki, 05-091 Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10 – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: JURANT Spółka jawna S. Matak J. Borkowski, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe BATORY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-220 Zielonka, ul. Ossowska 73, wezwanie odwołujących się do uzupełnienia dokumentu potwierdzających fakt posiadania**

**ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Ząbki, 05-091 Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **JURANT Spółka jawna S. Matak J. Borkowski, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe BATTERY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-220 Zielonka, ul. Ossowska 73**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Miasto Ząbki, 05-091 Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **JURANT Spółka jawna S. Matak J. Borkowski, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe BATTERY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-220 Zielonka, ul. Ossowska 73** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa- Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ząbki, 05-091 Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie odbioru i wywozu selektywnie zbieranych odpadów od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Ząbki.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759).

W dniu 4 stycznia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: JURANT Spółka jawna S. Matak, J. Borkowski, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe BATORY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-220 Zielonka, ul. Ossowska 73 (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2a oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego się z postępowania, pomimo iż wykazał on spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty (w szczególności warunek dotyczący znajdowania się w określonej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz pomimo iż nie złożył żadnych nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a w konsekwencji również
- 2) naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Ag-Complex Sp. z o.o., nie będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu z uwagi na określone w SIWZ kryterium oceny ofert.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usług w zakresie odbioru i wywozu selektywnie zbieranych odpadów od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Ząbki, a także unieważnienia czynności wyboru oferty Ag-Complex Sp. z o.o. w Warszawie,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego się,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że pismem z dnia 29 grudnia 2010 r. (a doręczonym odwołującemu się w dniu 30 grudnia 2010 r.) zamawiający poinformował odwołującego się o dokonanej ocenie ofert w postępowaniu, w tym o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze oferty firmy Ag-Complex Sp. z o.o. Zdaniem zamawiającego

odwołujący się, wezwany do uzupełnienia oferty w zakresie opłacenia polisy załączonej do oferty, nie wykazał spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp na dzień składania ofert. W ocenie odwołującego wykluczenie go z postępowania było nieuzasadnione.

Zamawiający w punkcie VI.2.3 SIWZ postawił warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Na potwierdzenie jego spełnienia należało złożyć opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 250.000 zł. Odwołujący złożył wraz z ofertą polisę potwierdzającą jego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością w zakresie zbierania odpadów innych niż niebezpieczne oraz w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg na kwotę 400.000 zł, przy czym ubezpieczenie to obejmuje okres od 19.11.2010 r. do 18.11.2011 r. Z tytułu objęcia ochroną ubezpieczeniową odwołujący miał zapłacić składkę w wysokości 1.402 zł. Na wezwanie zamawiającego odwołujący się przedłożył potwierdzenie uiszczenia składki ubezpieczeniowej. Tym samym odwołujący potwierdził postawiony przez zamawiającego warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej 250.000 zł.

Odwołujący się podkreślił, że celem żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opłaconej polisy (czego wymagał zamawiający w niniejszym postępowaniu) jest zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnym naruszeniem zobowiązania przez wybranego wykonawcę poprzez fakt objęcia wykonawcy ochroną ubezpieczeniową (a nie wyłącznie faktu zawarcia umowy ubezpieczeniowej). Odwołujący został taką ochroną objęty. Jak wynika z zawiadomienia wystawionego w dniu 3 stycznia 2011 r. przez ubezpieczyciela odwołującego się, odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu polisy złożonej przez odwołującego wraz z ofertą obejmuje okres od 19.11.2010 r. do 18.11.2011 r., czyli taki sam jak jest to określone w polisie. Ubezpieczyciel potwierdził zatem fakt objęcia odwołującego się ochroną ubezpieczeniową już od daty zawarcia umowy ubezpieczeniowej (tj. 19.11.2010 r.), co oznacza, że w dacie złożenia oferty odwołujący się niewątpliwie spełniał postawiony przez zamawiającego warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał również art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to, iż w ocenie zamawiającego odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, przy czym - jak wynika pośrednio z pisma zamawiającego - rzekomo nieprawdziwe informacje miały dotyczyć spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednak wobec złożonych przez odwołującego się dokumentów, tj. polisy, potwierdzenia opłacenia składki, a przede wszystkim dokumentu załączonego do niniejszego odwołania (stwierdzającego objęcie odwołującego ochroną ubezpieczeniową w dacie złożenia

oferty), bezzasadne są wszelkie sugestie jakoby odwołujący się nie spełniał warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W złożonej w dniu 5 stycznia 2011 roku odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w postępowaniach, określonych w art. 26 ust. 2 ustawy 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.

Izba ustaliła, że w pkt VI.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 250 000,00 zł.

Z przytoczonego wyżej przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku oraz postanowienia pkt VI.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż w celu wykazania się przez wykonawcę posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności należało przedłożyć jeden z dwóch wymienionych tam dokumentów: bądź opłaconą polisę, bądź inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności

gospodarczej. Analiza przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku pozwala na wniosek, iż w pierwszej kolejności należy złożyć opłaconą polisę, a dopiero w przypadku jej braku – inny dokument, z którego wynika fakt ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że odwołujący się w dniu, w którym upływał termin składania ofert nie posiadał opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Termin składania ofert upływał bowiem w dniu 23 grudnia 2010 roku, natomiast polisa opłacona została w dniu 27 grudnia 2010 roku. Niemniej jednak z treści polisy dołączonej do oferty odwołującego się wynika, że polisa wystawiona została w dniu 18 listopada 2010 roku, a ubezpieczenie obejmuje okres od dnia 19 listopada 2010 roku do dnia 18 listopada 2011 roku.

Izba zważyła, iż objęcie wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów art. 814 §§ 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym wyżej przepisem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku dopuszczającym wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył polisę z dnia 18 listopada 2010 roku, niemniej jednak nie wykazał, że polisa ta została opłacona. Oznacza to, iż nie złożył żadnego z wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nie złożył bowiem ani opłaconej polisy, ani innego dokumentu potwierdzającego fakt objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej. W tej sytuacji zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winien był wezwać odwołującego się do uzupełnienia bądź dokumentu potwierdzającego, że załączona do oferty polisa została opłacona, bądź też innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej.

Z pisma z dnia 23 grudnia 2010 roku wynika, że zamawiający wezwał odwołującego się wyłącznie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że załączona do oferty Polisa Seria OCM Nr 0070036 została opłacona. Tym samym odwołujący się nie miał możliwości

wykazania za pomocą innego niż opłacona polisa dokumentu, iż spełnia postawiony przez zamawiającego warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zwrócić należy uwagę, iż co do zasady wykonawca nie może uzupełniać brakujących w ofercie dokumentów samodzielnie, nie w wyniku wezwania zamawiającego. Zamawiający nie wzywając do uzupełnienia wszystkich brakujących dokumentów pozbawia wykonawcę skorzystania z przysługującego mu uprawnienia do uzupełnienia jego oferty, które to uprawnienie wynika z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się załączył do odwołania zawiadomienie z dnia 3 stycznia 2011 roku wystawione przez Inspektorat PZU SA w Legionowie, potwierdzające, iż odwołujący się posiada wymagane ubezpieczenie. Mimo to Izba nakazała wezwanie odwołującego się do uzupełnienia dokumentu, ponieważ z oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, iż wzmiankowanego zawiadomienia nie otrzymał.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....