

Sygn. akt: KIO 1043/19

WYROK
z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08.06.2019 r.** przez wykonawcę p. **K. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DOMUS K. S., ul. Traugutta 17, 49-200 Grodków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Kamieniec Ząbkowicki, ul. Ząbkowicka 26, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Termomodernizacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a” (nr ref. 02/1/RPR/PN-U/2019).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Kamieniec Ząbkowicki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie odnoszącym się do warunku udziału odnoszącego się do zdolności finansowej opartego o dokument polisy o.c. oraz wyjaśnienia rozbieżności związanej z numerem polisy widniejącym w dokumencie potwierdzającym opłacenie składki ubezpieczeniowej, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku nakazanych czynności,

2. kosztami postępowania w wysokości 10 695 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt pięć złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Gmina Kamieniec Ząbkowicki, ul. Ząbkowicka 26, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. S.** prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DOMUS K. S., ul. Traugutta 17, 49-200 Grodków** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od zamawiającego **Gmina Kamieniec Ząbkowicki, ul. Ząbkowicka 26, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki** na rzecz wykonawcy – **K. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PPHU DOMUS K. S., ul. Traugutta 17, 49-200 Grodków** kwotę w wysokości **10 695 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt pięć złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz dojazdu na posiedzenie z udziałem stron.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 28 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1043/19

Zamawiający – Gmina Kamieniec Ząbkowicki, ul. Ząbkowicka 26, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Termomodernizacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a” (nr ref. 02/1/RPR/PN-U/2019).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15.04.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 535648-N-2019.

W dniu 03.06.2019 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.06.2019 r. przez wykonawcę p. K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU DOMUS K. S., ul. Traugutta 17, 49-200 Grodków od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Termoizolacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a” - Etap. I., prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod numerem 02/1/RRR/PN-U/2019 tj. wykluczenia Wykonawcy z postępowania i odrzucenia oferty

Wobec powyższej czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 Ustawy przez to, że zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania nie zaś dokumentów, które może wymagać od wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający zażądał ubezpieczenia OC za cały okres wykonania zamówienia, który w niniejszej sprawie wykraczał poza okres rozpoznawania ofert i poza okres rocznego ubezpieczenia Odwołującego.

W ramach żądań Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-

Usługowego "Domus" K. S. oraz uznania jego oferty za odrzuconą i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego "Domus" K. S. .

W ramach uzasadnienia faktycznego Odwołujący podniósł, że Zamawiający w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt. 12 Ustawy wykluczył Odwołującego z postępowania przetargowego podając, że wbrew pkt. 6.1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przedłożył:

- a/ dowodu opłacenia polisy OC prowadzonej działalności gospodarczej,
- b/ przedłożona przez Odwołującego polisa OC nie obejmuje swoim czasem zaoferowanego przez Odwołującego terminu realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wskazane przez Zamawiającego podstawy wykluczenia nie mają miejsca. Odwołujący, podobnie jak inni uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia, wezwany został po ocenie ofert do złożenia dokumentu polisy OC prowadzonej działalności gospodarczej i dowodu jej opłaty. Odwołujący za pismem z dnia 24.05.2019 przekazał Zamawiającemu:

- a/ polisę OC nr 9885686687037 na kwotę gwarancyjną 2.000.000 zł podczas gdy wymagana przez Zamawiającego suma gwarancyjna wynosiła 500.000 zł)
- b/ dowód opłaty polisy jw.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający podniósł dalej, że okres ubezpieczenia objęty polisą kończy się przed terminem wykonania zadania. Istotnie takie ustalenie jest bezsporne, wskazać jednak należy, że z punktu widzenia wymagań, jakie może stawiać Zamawiający wykonawcom w zakresie kontroli ich sytuacji finansowej i ekonomicznej, nie może on żądać ubezpieczenia na przyszłość w inny sposób niż przez wprowadzenie stosownych zapisów obligacyjnych w umowie. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że wymóg z pkt. 6.1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odpowiada prawu a wykluczenie z postępowania Odwołującego jest niesłuszne.

Ustalenie przez Zamawiającego, że polisa Odwołującego nie jest opłacona jest chybione. Zamawiający ustalenie takie oparł na dowodzie opłaty podnosząc, że podany w nim nr polisy odbiega od numeru polisy złożonej przez Odwołującego. Odwołujący podkreśla, że o różnicy w numerze polisy dostrzeżonej przez Zamawiającego nie wiedział do czasu otrzymania wiadomości o wykluczeniu go z przetargu. Zamawiający nie skontaktował się w tej kwestii z Odwołującym i nie dał mu prawa do złożenia wyjaśnienia choć zdawał sobie sprawę, że miał taki obowiązek.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający miał przy tym świadomość, że gdyby nie tak wyszukany sposób wykluczenia Odwołującego, Odwołujący wygrałby przetarg. Różnica w numerze polisy oraz w numerze polisy wpisanym w papierowym dowodzie przelewu niemal rok wcześniej (za dużo o jedną cyfrę) stanowi oczywista omyłkę pisarską i nie dowodzi o prawdziwości ustalenia Zamawiającego na to, że polisa Odwołującego nie została ona opłacona.

Odwołujący niezwłocznie po wykluczeniu go przez Zamawiającego (w tym samym dniu) sprawę opłaty polisy wyjaśnił z ubezpieczycielem, który potwierdził opłatę polisy pomimo tego, że istotnie na dowodzie przelewu pojawiła się jedna, dodatkowa cyfra. Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł jak we wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. We wniesionym środku ochrony prawnej zakwestionował czynności wykluczenia oraz dokonaną przez Zamawiającego następczo czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła również, że w dniu 11.06.2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania. W dniu 17.06.2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego zgłosił wykonawca A. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma ARKO Handlowo-Usługowa A. Ł., ul. Złotostocka 12, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki. Przystąpienie zostało podpisane przez p. A. Ł. .

W dniu 14.06.2019 r. kopia przystąpienia została nadana do Odwołującego i Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Przystępujący nie dochował terminu na zgłoszenie przystąpienia. Izba postanowiła nie dopuścić w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Powyższe jest wynikiem niedochowania terminu na zgłoszenie przystąpienia. Zamawiający pocztą elektroniczną przekazał wykonawcom kopię odwołania wzywając ich do zgłoszenia przystąpienia w dniu 11.06.2019 r. Sam fakt wprowadzenia ww. oświadczenia woli do systemu informatycznego spowodowało, że od tego dnia zgłaszający przystąpienie mógł zapoznać się z jego treścią, a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia rozpoczął swój bieg w dniu 12.06.2019 r. i upłynął w dniu 14.06.2019 r. Stąd też zgłoszenie to jest bezskuteczne. Zgodnie z treścią art. 61 § 2 ustawy Kodeks cywilny *Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.* Tym samym Izba uznała, że powyższa czynność miała miejsce w dniu 11.06.2019 r. a nie jak wskazano w przystąpieniu dnia 12.06.2019 r.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba dopuściła, dołączony do odwołania dowód z dokumentu, w postaci pisma (zaświadczenie z dnia 03.06.2019 r.) wystawionego przez agencję ubezpieczeniową (KS CENTRUM), z którego wynika, iż dowód wpłaty składki ubezpieczeniowej dostarczony Zamawiającemu przez Odwołującego odnosi się do polisy złożonej na potwierdzenie warunku, tj. składka polisy została opłacona w całości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania jest termomodernizacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a.

Zamawiający w pkt 6.1.5. SIWZ zatytułowanym "Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia." wskazał, że: Wykonawca przedłoży dodatkowo dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej przez cały okres realizacji przedmiotu niniejszej Umowy na wartość co najmniej: 500 000,00 zł; (słownie: pięćset tysięcy złotych), wraz z dowodem dokonania opłaty przedmiotowego ubezpieczenia.

Zamawiający w dziale 9 SIWZ zatytułowanym „WYMAGANIA DOTYCZĄCE OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW” wskazał, co następuje.

9.1. Zamawiający w niniejszym postępowaniu stosuje „procedurę odwróconą na postawie art. 24aa Ustawy.

W związku z powyższym zamawiający w pierwszej kolejności dokona oceny ofert a następnie wzywa wykonawcę którego ofertę oceniono najwyżej do przedłożenia pozostałych — wymaganych SIWZ dokumentów po czym zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Ustawy.

9.2. Do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (załącznik nr 8 wykonawca składa wraz z formularzem ofertowym).

Izba ustaliła, w oparciu o akta postępowania, że w terminie składania ofert zostały złożone następujące oferty:

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Domus” K. S. 49-200 Grodków ul. Traugutta 17.
2. Usługi Remontowo — Budowlane S. K. ul. Przemysłowa 44, 57-220 Ziębice.
3. Spółka Ogólnobudowlana ALFA-EDGAR W. i W. spółka jawna, 51-426 Wrocław ul. Chłopska 30-32.
4. Firma „ARKO” Handlowo-Usługowa A. Ł. 57-230 Kamieniec Ząbkowicki, ul. Złotostocka 12.

Izba ustaliła również, że oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu ofert. Odwołujący w złożonej ofercie zadeklarował czas realizacji przedmiotu zamówienia datą 30.09.2019 r.

Zamawiający pismem z dnia 23.05.2019 r. zwrócił się do Odwołującego o przedłożenie dokumentów wymaganych z SIWZ, o których mowa w dziale 6 SIWZ, to jest

1) w pkt. 6.1.5. SIWZ. Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

Wykonawca przedłożył dodatkowo dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej przez cały okres realizacji przedmiotu niniejszej Umowy na wartość co najmniej: 500 000,00 zł; (słownie: pięćset tysięcy złotych), wraz z dowodem dokonania opłaty przedmiotowego ubezpieczenia.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 24.05.2019 r., złożył Zamawiającemu polisę o.c. o numerze 908568687037 obejmująca okres ubezpieczenia od 03.07.2018 do 02.07.2019 r. Dołączył dodatkowo dowód zapłaty składki w wysokości 2928 zł do polisy nr 9085686870137.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 03.06.2019 r. zatytułowanym „Informacja o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty” wskazał, co następuje.

Gmina Kamieniec Ząbkowicki, działając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zmian) zawiadamia o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Domus” , K. S. , 49-200 Grodków, ul. Traugutta 17. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie inwestycyjne pn: „Termomodernizacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a”

Oferent został wykluczony na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn zmian).

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku- leń publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm) Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W ramach uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przetargu nieograniczonego nr 02/1/RPR/PN-U/2019 na realizację zadania pn. „Termomodernizacja budynku wielofunkcyjnego hali sportowej w Kamieńcu Ząbkowickim przy ul. Zamkowej 4a” w pkt. 6.1,5. wymaga aby Wykonawca biorący udział w postępowaniu, dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

przedłożył dodatkowo dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej przez cały okres realizacji przedmiotu niniejszej Umowy na wartość co najmniej: 500 000,00 zł; (słownie: pięćset tysięcy złotych), wraz z dowodem dokonania opłaty przedmiotowego ubezpieczenia.

Zamawiający w dniu 24.05.2019 r. wezwał (drogą e mailową) oferenta w ciągu 7 dni od daty otrzymania zamawiającego opłaconej polisy OC prowadzonej działalności gospodarczej wraz z dowodem opłaty polisy.

W odpowiedzi na wezwanie oferent w dniu 24.05.2019 r. (drogą e mail-ową oraz w dniu 29.05.2019 r. drogą pocztową) wykazała posiadanie polisy Warta Ekstrabiznes Plus nr 908568687037 z dnia 02.07.2018 r. na wartość 2 000 000,00 zł z treści, której nie wynika, że została opłacona. Na dowodzie wpłaty jest wpisany inny numer tytułu wpłaty aniżeli wynika z przedłożonej polisy. Przedłożona polisa posiada nr polisy 9085568687037.

Na przelewie widnieje nr 90855686870137 opłaconej polisy. Złożony dokument polisy jest niezgodny z wezwaniem i treścią pkt 6.1.5 SIWZ.

Przedłożona polisa obejmuje okres ubezpieczenia od 03-07-2018 do 02-07-2019 r. Oferent w złożonej ofercie określił umowny termin realizacja zadania do 30.08.2019 r.

Okres ubezpieczenie polisy nie obejmuje w całości okresu realizacji przedmiotu umowy to jest okresu od 03-07-2019 do 30-08-2019 r. Złożony dokument polisy jest niezgodny z wezwaniem i treścią pkt 6.1.5 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienie i fakt, że oferent nie dostarczył dokumentu potwierdzającego, że polisa Warta Ekstrabiznes Plus nr 908568687037 z dnia 02.07.2018 posiada ubezpieczenia OC prowadzonej działalności gospodarczej przez cały okres realizacji przedmiotu niniejszej Umowy, to jest do dnia 30-08-2019 r. oraz dokumentu potwierdzającego, że została opłacona, oferta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, o którym mowa w pkt. 6.1.5 SIWZ.

Jak wskazał w powyższym piśmie Zamawiający Oferent, pomimo wysłania przez Zamawiającego w dniu 24.05.2019 r. wezwania do złożenia dowodów w sprawie, nie dostarczył w terminie 7 dni od daty dostarczenia wezwania wymaganych dokumentów, o których mowa w pkt. 6. 1 .5 SIWZ.

Oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.5 siwz. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, że oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.5 siwz

Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zmian): z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się. wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zmian): zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia.

Ofertę wykonawcy odrzucona na podstawie art, 24 ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zmian): ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiotem zaskarżenia we wniesionym odwołaniu zasadniczo jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania. Choć zarówno treść samego odwołania, zakres zaskarżenia oraz sformułowane przez Odwołującego żądania odnoszą się wprost do czynności wykluczenia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej we wniesionym odwołaniu Odwołujący polemizuje również z zasadnością sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności ekonomicznej i finansowej kwestionując możliwość żądania polisy o.c. obejmującej okres realizacji przedmiotu zamówienia (zarzut z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że na tym etapie postępowania kwestionowanie tego elementu procedury jest niedopuszczalne ze względu na upływ terminy zaskarżenia postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Stąd też na tym etapie, zarówno Zamawiający, wykonawcy ubiegający się o zamówienie, jak również Izba rozpoznająca środek ochrony prawnej są związani ustalonymi postanowieniami ww. dokumentów.

Przechodząc do rozpoznania zasadniczego zarzutu Izba wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający dla etapu badania i oceny ofert przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej (opartej o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp). Zarówno ta instytucja, jak również sam kształt obecnej procedury ubiegania się o zamówienie publiczne (której kształt został nadany w wyniku przemodelowania procesu ubiegania się o zamówienie publicznej w wyniku ostatniej dużej nowelizacji ustawy Pzp) powodują, że wykonawcy na etapie składania ofert potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia opierają na oświadczeniach własnych. Dopiero po ustaleniu rankingu ofert

Zamawiający wzywa wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających te okoliczności, zaś w przypadku procedury opartej o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp wezwanie to może zostać ograniczone do tego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Co istotne, w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, a z takim mamy do czynienia w niniejszym wypadku, wezwanie to ma charakter fakultatywny.

Jak wynika z akt sprawy odwoławczej, co wynika również z ustaleń poczynionych w toku rozprawy, wykonawcy wraz z ofertami byli zobligowani do złożenia oświadczeń. Po ustaleniu rankingu ofert Zamawiający dwukrotnie zwrócił się do Odwołującego o złożenie dokumentów. W oparciu o dokumentację ustalono, iż pierwsze wezwanie skierowane do Odwołującego miało miejsce 09.05.2019 roku i obejmowało wszystkie dokumenty poza polisą OC, zaś wezwanie dotyczące polisy było jednokrotne i zawarte było we wspomnianym wyżej piśmie z dnia 23.05.2019 roku. Powyższa okoliczność została potwierdzona na rozprawie, zarówno przez Odwołującego, jak też Zamawiającego.

Kierując się systematyką ustawy Pzp należy wskazać, że powyższe wezwania do złożenia dokumentów miały swoje osadzenia w regulacji art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika z jego treści *„Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.”* Było to zatem wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności zawarte w oświadczeniach wykonawców dołączonych do oferty. Jeżeli na tym etapie składania dokumentów dojdzie do sytuacji, że złożone dokumenty nie potwierdzają wymaganych okoliczności, mają braki lub błędy obligatoryjne zastosowanie znajduje instytucja uregulowana w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”* Powyższa instytucja służy zatem uzupełnianiu dokumentów, które nie pozwalają na pozytywną ocenę wykonawcy w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku wystąpienia podstaw wykluczenia.

Mając na uwadze przebieg prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, jak również jego stanowisko zaprezentowane na rozprawie uznać należy, że wykluczenie

Odwołującego z postępowania było czynnością przedwczesną i pozbawioną podstaw prawnych. Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że stoi on na stanowisku, popartym bliżej niedookreślonymi opiniami Prezesa UZP, że brak jest możliwości wielokrotnego wzywania wykonawców do złożenia dokumentów. Otóż wskazać w tym miejscu należy, że wezwanie oparte o treść art. 26 ust. 2 ustawy Pzp jest wezwaniem do złożenia dokumentów (podkreślenie Izby) – a więc pierwszym wezwaniem mający na celu, potwierdzenie okoliczności ujętych w oświadczeniach złożonych wraz z ofertą. Jeżeli w wyniku tego wezwania Zamawiający nie otrzyma informacji jednoznacznie potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału i baraku podstaw do wykluczenia jest zobligowany do zastosowania instytucji uregulowanej w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – a więc wezwania do uzupełnienia dokumentów (podkreślenie Izby). Jeżeli zatem można mówić o niepisanej, a więc wypracowanej przez orzecznictwo i doktrynę, zasadzie niedopuszczającej do wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów to zasada ta odnosi się do instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stąd też w niniejszych okolicznościach Zamawiający był i jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu wskazującego, że okres ubezpieczenia o.c. pokrywa się z zadeklarowanym przez Odwołującego w ofercie okresem realizacji świadczenia (czy to przez złożenie nowej polisy o.c., czy też aneksu do złożonej dotychczas). Co do kwestii rozbieżności pomiędzy numerem polisy widniejącym na dokumencie ubezpieczenia a widniejącym na dokumencie potwierdzającym opłacenie składki niwelowanie tego rodzaju wątpliwości może zostać zrealizowane w drodze wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba wskazuje, że odnośnie tego elementu Odwołujący wraz z odwołaniem złożył pismo (zaświadczenie) wystawione przez KS CENTRUM datowane na dzień 03.06.2019 r., które można uznać za wystarczający dokument dla wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp było czynnością przedwczesną a zatem obarczoną wadą, co doprowadziło do jej wyeliminowania z obiegu prawnego. Zamawiający odstępując od zastosowania w zaistniałych okolicznościach instytucji uregulowanej w treści art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp doprowadził do sytuacji, że wniesione odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z postępowania powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

