

Sygn. akt: KIO 2531/11

WYROK
z dnia 9 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2011 r. przez wykonawcę **LOGON Spółka akcyjna, 85-098 Bydgoszcz, ul. Piotrowskiego 7-9** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 60-479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LOGON Spółka akcyjna** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LOGON Spółka akcyjna** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **LOGON Spółka akcyjna** na rzecz **ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę 628 zł 00 gr (słownie: sześćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę komunalnych liczników energii elektrycznych na rok 2012.

W postępowaniu tym wykonawca Logon Spółka Akcyjna zwany dalej Odwołującym w dniu 28 listopada 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 22 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3, art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z §1 ust. 2, §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. Nr 226, poz. 1817) przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że rozróżnia się dwa typy oddania zasobów do dyspozycji:

- oddanie zasobów wraz z osobami realizującymi zamówienie lub jego część pod kierownictwem podmiotu oddającego zasoby, podlegające jedynie kontroli wykonawcy - podwykonawstwo. Ponieważ podwykonawca nie oddaje zasobów bezpośrednio wykonawcy, tylko przy ich pomocy samodzielnie realizuje zamówienie, można w tym wypadku mówić o „pośrednim oddaniu zasobów do dyspozycji”,
- oddanie zasobów bez osób, względnie z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy - „bezpośrednie oddanie zasobów do dyspozycji”.

To, co różnicuje oba ww. typy, to stopień zaangażowania podmiotu oddającego zasoby w realizację zamówienia. W pierwszym przypadku podmiot oddający zasoby bierze osobisty, aktywny udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, w drugim jego udział jest pośredni i ogranicza się do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy. Na gruncie udostępnienia potencjału osobowego nie budzi wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż tylko pośrednie udostępnienie osób podmiotu trzeciego, który będzie realizować część zamówienia jako podwykonawca, rodzi obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych dla tego

podmiotu. Natomiast nie ma takiego obowiązku przy bezpośrednim udostępnieniu potencjału osobowego przez oddelegowanie przez podmiot trzeci osób do dyspozycji wykonawcy. Wobec powyższego, w opinii Odwołującego, tylko w przypadku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (podwykonawstwa) istnieje obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu przedłożenia dla podmiotów trzecich, na których zasobach polegać będzie wykonawca, dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania tylko i wyłącznie, gdy podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia. W opinii Odwołującego, udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia możliwy jest tylko w charakterze podwykonawcy. Zatem, wobec oświadczenia Odwołującego z dnia 9 listopada 2011 r. o korzystaniu z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na innej podstawie niż umowa o podwykonawstwo, nie zaszyły podstawy do wykluczenia Odwołującego z uwagi na brak dokumentów podmiotowych dla firmy Sagemcom. Odwołujący zwrócił również uwagę na sprawę zakończoną wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., w której Logon Spółka Akcyjna również powołała się na zobowiązanie firmy Sagemcom (sygn. akt XII Ga 315/11).

Odwołujący odnosząc się do oceny spełniania przez Odwołującego warunku posiadania opłaconej polisy OC wskazał, że przedłożona na wezwanie do uzupełnienia dokumentów opłacona polisa potwierdziła spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, tj. 3 listopada 2011 r. Zdaniem Odwołującego, przepisy ustawy Pzp mają charakter proceduralny i nie mogą zmieniać przepisów materialnych, na podstawie których następuje ocena, czy przedłożona polisa OC ma charakter polisy opłaconej. Odwołujący wskazał na treść §1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane stwierdzając, że celem przedłożenia opłaconej polisy jest sprawdzenie czy wykonawca jest ubezpieczony w zakresie odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Nie można zatem, w opinii Odwołującego, ograniczać pojęcia „opłaconej polisy” tylko do znaczenia fiskalnego, bowiem nie zawsze dzień opłacenia składki uruchamia ochronę ubezpieczeniową. O tym, od kiedy obowiązuje ubezpieczenie, decydują przepisy kc regulujące umowę ubezpieczenia oraz ogólne warunki umów. Odwołujący wskazał na treść art. 815§1, art. 814 w zw. z art. 822 kc stwierdzając, że przepisy te mają charakter dyspozytywny, co oznacza, iż ubezpieczyciel może uregulować swoją odpowiedzialność odmiennie w ogólnych warunkach ubezpieczenia.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią ogólnych warunków ubezpieczenia OC, według których zawarto umowę ubezpieczenia OC z dnia 3 listopada 2011 r. (§3) Warta S.A.

ubezpiecza odpowiedzialność cywilną za szkody osobowe i rzeczowe, jeżeli wypadek ubezpieczeniowy miał miejsce w okresie ubezpieczenia. Zgodnie z §9 ust. 3 ogólnych warunków ubezpieczenia, jeżeli nie umówiono się inaczej, Warta S.A. ponosi odpowiedzialność od pierwszego dnia okresu ubezpieczenia, chyba że umowa ubezpieczenia uzależnia rozpoczęcie odpowiedzialności od opłacenia składki lub pierwszej raty składki - w takim przypadku odpowiedzialność Warty S.A. rozpoczyna się od dnia następnego po opłaceniu składki lub pierwszej raty składki. Składkę opłaca się w chwili zawarcia umowy, chyba że umówiono się inaczej. Składkę opłaca się jednorazowo lub w ratach (§11 ust. 2 i 3 ogólnych warunków ubezpieczenia). Jeżeli Warta S.A. ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, w razie nie opłacenia składki lub pierwszej raty składki w ustalonym terminie, umowa ubezpieczenia rozwiązuje się przed upływem okresu ubezpieczenia w drodze pisemnego wypowiedzenia przez Wartę S.A. ze skutkiem natychmiastowym (§14 ust. 2 ogólnych warunków ubezpieczenia). Odwołujący stwierdził, że ww. postanowienia ogólnych warunków ubezpieczenia, a także treść polisy jednoznacznie wskazują, iż Warta S.A. ponosi odpowiedzialność od pierwszego dnia zawarcia umowy ubezpieczenia, przed zapłaceniem jednorazowej składki, tj. od dnia 3 listopada 2011 r. Skoro na dzień 3 listopada 2011 r. składka nie była jeszcze wymagalna, to należy uznać, zdaniem Odwołującego, iż polisa miała status polisy opłaconej (ważnej) i dopiero ziszczenie się warunku rozwiązującego (art. 89 kc) w postaci niezapłacenia składki w ustalonym terminie prowadzi do rozwiązania umowy ubezpieczenia na podstawie oświadczenia ubezpieczyciela. Odwołujący podkreślił, że przedstawił na wezwanie Zamawiającego opłaconą polisę ważną od dnia 3 listopada 2011 r. będącego jednocześnie dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin płatności składki upływał w dniu 9 listopada 2011 r., opłata nastąpiła w dniu 8 listopada 2011 r. Nie zaistniały zatem, w opinii Odwołującego, przesłanki ziszczenia się warunku rozwiązującego umowę ubezpieczenia w postaci nieopłacenia polisy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 17 listopada 2011 r. w zakresie dotyczącym wykluczenia Odwołującego,
- ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu,
- przeprowadzenie dowodu z akt postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą zakończonego wyrokiem z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt. KIO 945/11, zmienionego wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11 dotyczącego postępowania ZP/48/RZU/2010 o zawarcie umowy ramowej na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej dla Energa Operator w Gdańsku na okoliczność,

iż w analogicznej sprawie zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Sagemcom (producenta liczników) do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w formie szkoleń, dokumentacji, doradztwa jest wystarczające, a wykonawca w takim wypadku nie jest zobowiązany do przedkładania dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego.

W dniu 7 grudnia 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2011 r. pod numerem 2011/S 203-330802.

W pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

- a) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,
- b) posiadają zdolność finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia udokumentowaną poprzez przedstawienie informacji z banku o ilości posiadanych środków lub zdolności kredytowej wykonawcy na kwotę co najmniej:

- dla Zadania nr 1 – 1 500 000,00 PLN,

- dla Zadania nr 2 – 3 000 000,00 PLN,

- c) posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż:

- dla Zadania nr 1 – 3 000 000,00 PLN,

- dla Zadania nr 2 – 8 000 000,00 PLN,

W pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

- a) posiadają wiedzę i doświadczenie,
- b) dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- c) wykażą wykonanie równoważnych dostaw o łącznej ilości dostarczonych bezpośrednich statycznych liczników nie mniej niż:

- dla Zadania nr 1 – 50 000 szt.,

- dla Zadania nr 2 – 50 000 szt. w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ustalony na dzień 3 listopada 2011 r.

W tym dniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyła Logon Spółka Akcyjna. Wraz z wnioskiem Odwołujący złożył polisę nr 908200087871 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta S.A., gdzie jako okres ubezpieczenia wskazano 3 listopada 2011 r. do 19 kwietnia 2012 r. Suma ubezpieczenia została określona na 3 000 000 PLN. Ustalono jednorazową płatność do dnia 9 listopada 2011 r.

W dniu 4 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodu zapłaty składki z tytułu zawartej polisy OC oraz wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie złożył, mimo deklaracji w spisie załączników, zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy, doświadczenia itp.

Pismem z dnia 7 listopada 2011 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazał na wymóg sformułowany w ppkt 4 pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz oświadczenie Odwołującego złożone we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że przedstawi zasoby podmiotu trzeciego. Zamawiający stwierdził, że w przypadku oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do jego dyspozycji wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest także przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, iż będzie uczestniczył w realizacji umowy – co do zasady jako podwykonawca. W takim przypadku, jak zauważył Zamawiający, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania określonych zasobów oraz uczestniczenia w realizacji umowy jako podwykonawca, oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

W dniu 9 listopada 2011 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie, że firma Sagemcom Energy&Telecom SAS udzielając swoich zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dla spełnienia warunków nie będzie podwykonawcą Odwołującego, w związku z czym Odwołujący nie składa dokumentów potwierdzających brak podstaw do jej wykluczenia. Wraz z ww. oświadczeniem Odwołujący przekazał Zamawiającemu ww. polisę nr 908200087871, dowód dokonania opłaty składki

w kwocie 5 245 PLN w dniu 8 listopada 2011 r., wykaz zrealizowanych zamówień, w którym wykazano zamówienie na liczniki energii elektrycznej w ilości 100 000 szt. dostarczone dla Elektronska Industrija – NIS EI PCB Factory d.o.o. Ponadto, Odwołujący złożył potwierdzenie wystawione przez Elektronska Industrija – NIS EI PCB Factory d.o.o., że firma Sagemcom SAS wykonała dostawę ponad 100 000 liczników energii elektrycznej w ciągu 12 miesięcy, a dostawy i usługi były wykonane z należytą starannością. Odwołujący dołączył także zobowiązanie Sagemcom Energy&Telecom SAS do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z dnia 28 października 2011 r.

W dniu 14 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów, w tym do wyjaśnienia, w jaki sposób Odwołujący będzie korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego Sagemcom Energy&Telecom SAS podczas realizacji zamówienia, a także w jaki sposób i na jakiej podstawie podmiot trzeci udostępni Odwołującemu zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wezwał również Odwołującego do uzupełnienia 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.

W odpowiedzi na ww. pismo Odwołujący w dniu 15 listopada 2011 r. wyjaśnił, że Sagemcom Energy&Telecom SAS udzielając Odwołującemu swoich zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dla spełnienia warunków nie weźmie udziału jako podwykonawca w realizacji zamówienia. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Sagemcom Energy&Telecom SAS będzie realizowane przez korzystanie z wiedzy technicznej tego podmiotu jako producenta dostarczanego sprzętu. Odwołujący będzie korzystał z tych zasobów szkoląc swoje kadry pod nadzorem specjalistów oddelegowanych przez Sagemcom Energy&Telecom SAS. Odwołujący będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych należących do Sagemcom Energy&Telecom SAS. Przez cały czas trwania projektu Sagemcom Energy&Telecom SAS będzie doradzać Odwołującemu we wszystkich kwestiach związanych z realizacją projektu. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że przesłana wcześniej kopia ważnej polisy wraz z potwierdzeniem zapłaty składki stanowią wystarczające dowody potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla Zadania nr 1.

W dniu 17 listopada 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 2b oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 22 ust. 3, a także w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję brakiem dowodu opłacenia polisy na dzień składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także brakiem złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, wobec złożenia oświadczenia, którego treść potwierdza, że Sagemcom Energy&Telecom SAS będzie brała udział (uczestniczyła) w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że §1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz wymóg Zamawiającego zawarty w ppkt 4 pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu nie definiują udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego, który udostępnia swoje zasoby, wyłącznie w charakterze podwykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, wobec złożonego oświadczenia o charakterze uczestnictwa Sagemcom Energy&Telecom SAS w realizacji zamówienia, Odwołujący zobowiązany był do przedstawienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dotyczących Sagemcom Energy&Telecom SAS.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z uwagi na zaniechanie złożenia dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący nie był zobowiązany do złożenia ww. dokumentów. Wskazać należy, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dał wykonawcom możliwość powołania się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał podmiotów trzecich. Wykonawca został w takim przypadku zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie stworzył przy tym zamkniętego katalogu dowodów, jakie może złożyć zamawiającemu wykonawca; jako jeden z dowodów wskazane zostało pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustanawia zatem konieczność

oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy, ale nie nakłada obowiązku fizycznego wykonania części lub całości zamówienia przez podmiot trzeci. Korzystanie z podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia możliwe jest zatem, oprócz fizycznego wykonania całości bądź części zamówienia, przez doradztwo, przekazanie wiedzy w zakresie technologii, udostępnienie dokumentów itp., co może nastąpić w dowolnym momencie, nie powiązaniem ściśle z wykonaniem zamówienia. Zdaniem Izby, powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu w określonych sytuacjach byłoby pożądane, jednak w świetle literalnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ustawodawca takiego obowiązku na wykonawcę powołującego się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego nie nałożył. Jednocześnie, ustawodawca przewidując możliwość fizycznego powierzenia wykonania części zamówienia podmiotowi trzeciemu dał zamawiającemu w §1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane podstawę do weryfikacji podmiotowej takiego podmiotu. Ww. przepis rozporządzenia nie dotyczy jednak wszystkich podmiotów, na których potencjał powołuje się wykonawca, a jedynie tych, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Sagemcom Energy&Telecom SAS będzie realizowane przez korzystanie z wiedzy technicznej tego podmiotu jako producenta dostarczanego sprzętu, przekazanie wiedzy w toku szkoleń, czy dostęp do dokumentacji technicznych i doradztwo. Powyższe czynności nie stanowią „realizacji części zamówienia”, o czym jest mowa w §1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Brak zatem w przedmiotowym stanie faktycznym wypełnienia dyspozycji ww. przepisu rozporządzenia. Co za tym idzie, brak jest podstaw do wymagania od wykonawcy złożenia dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba nie wzięła pod uwagę akt postępowania przed Izbą zakończonego wyrokiem z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt KIO 945/11 zmienionego wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11. Ww. sprawa rozpoznawana była w innym stanie faktycznym, a wydane orzeczenia nie mają dla Izby charakteru wiążącego.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na brak dowodu opłacenia polisy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podstawę do żądania takiego dokumentu stanowi § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który stanowi, że 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. Celem, dla którego dany dokument powinien być złożony w postępowaniu jest wykazanie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, polegającego na tym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Ustawodawca we wskazanym przepisie §1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wprowadził dodatkowy wymóg przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej. Wypełnienia powyższego wymogu nie może stanowić dokonanie w niniejszej sprawie opłaty składki w dniu 8 listopada 2011 r., tj. w terminie wyznaczonym w polisie na dokonanie zapłaty, jednak po dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać w trybie przetargu ograniczonego na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe uregulowanie ma znaczenie z uwagi na zachowanie naczelnej zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ustawodawca dopuścił co prawda wyjątek od ww. zasady w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwalając wykonawcy na uzupełnienie na wezwanie zamawiającego brakujących we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów podmiotowych. Jednak przepis ten wyraźnie wskazuje, że przedłożone w wyniku wezwania zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin ten przypadał na dzień 3 listopada 2011 r. Bezsporne jest między stronami, że w tym dniu Odwołujący nie uiścił opłaty z tytułu posiadanej polisy. Tym samym spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego nie zostało wykazane. Dokonanie opłaty składki po dniu składania wniosków nie może być uznane za wykazanie spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, mimo że w świetle obowiązujących przepisów prawa, a przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego, ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje mimo odroczenia zapłaty składki. Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca powinien dopełnić w tym zakresie wymogów szczególnej regulacji prawnej, jaką w tym zakresie stanowią przepisy ustawy Pzp oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Skoro te przepisy z jednej strony wymagają w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożenia dokumentu opłaconej polisy, a z drugiej strony nakazują weryfikację spełnienia warunku ubezpieczenia przy użyciu wskazanego dokumentu opłaconej polisy na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w przypadku niespełnienia tych wymogów wykonawcy powinni liczyć się z konsekwencją w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, uwzględnienie zarzutu dotyczącego czynności wykluczenia Odwołującego z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

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

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty zamawiającego obejmujące koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Przewodniczący: