

Sygn. akt KIO 974/13

WYROK
z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Agnieszka Bartczak-Żuraw
Barbara Bettman

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez R..... M..... prowadzącego działalność pod firmą RM R..... M..... w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu

przy udziale J..... S..... prowadzącego działalność pod firmą STEMAX J..... S..... w Nowym Sączu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża R..... M..... prowadzącego działalność pod firmą RM R..... M..... w Nowym Sączu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R..... Ma..... prowadzącego działalność pod firmą RM R..... M..... w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Nowym Sączu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest **Zorganizowanie i zarządzanie Strefą Płatnego Parkowania na terenie miasta Nowego Sącza**.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **16 marca 2013 r.**, pod numerem **2013/S 054-088912**.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 kwietnia 2013 r. zamawiający za pośrednictwem poczty elektronicznej przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą STEMAX Skup i Sprzedaż Samochodów J..... S..... w Nowym Sączu (dalej jako: „STEMAX”).

R..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą RM R..... M..... w Nowym Sączu wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w szczególności odnoszący się do badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego;

art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru wykonawcy STEMAX w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy;

art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu na skutek uznania, że:

- złożona wraz z ofertą odwołującego opinia bankowa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, pomimo iż warunek ten został jednoznacznie wykazany;

- złożona wraz z ofertą odwołującego opinia bankowa została złożona w nieprawidłowej formie, pomimo iż Odwołujący był umocowany do poświadczania „za zgodność z oryginałem” w imieniu M..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

Fresh M..... Ś..... w Michałowie - Grabina, wszelkich jego dokumentów składanych w postępowaniu;

- zaświadczenie o udostępnieniu zasobów w zakresie zdolności finansowej nie wskazuje

że zasoby zostaną odwołującemu udostępnione oraz w jakiej wysokości, pomimo iż treść zaświadczenia odpowiada wymogom 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. z 2013 r. Nr 0, poz. 231), dalej „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”, oraz jednoznacznie wskazuje że zasoby zostaną odwołującemu udostępnione do swobodnego korzystania podczas realizacji zamówienia;

- złożona wraz z ofertą polisa nr 90820 0042825 z 4 maja 2013 r. nie potwierdza spełniania warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, pomimo że odwołujący w należyty sposób wykazał spełnianie ww. warunku;

4) art. 24 ust. 4 ustawy przez uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, pomimo iż nie było faktycznych i prawnych podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania;

5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, pomimo iż nie było faktycznych i prawnych podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu, że w ocenie zamawiającego jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo iż złożenie przez odwołującego oferty w postępowaniu nie narusza uczciwej konkurencji;

7) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu zawierania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo wykazania przez odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena zapewnia należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;

8) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez nieuznanie wyjaśnień złożonych przez

odwołującego jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez odwołującego cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu obiektywnych czynników kształtujących cenę zaoferowaną przez odwołującego;

9) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty STEMAX, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu oraz w rozumieniu ustawy oraz jednocześnie poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o **uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:**

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania oferty odwołującego oferty za odrzuconą;
- unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- powtórzenia (dokonania) czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez odwołującego za wyjaśnienia niepotwierdzające, że zaoferowana przez odwołującego cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- unieważnienia czynności uznania przez zamawiającego, że złożenie przez odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- **zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.**

STEMAX przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Zarzut wadliwego odrzucenia oferty odwołującego po ocenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie znalazł potwierdzenia.

Czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień, ani fakt, że oferowana przez niego cena odbiega od cen ofert innych wykonawców oraz kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia nie jest kwestionowana przez odwołującego. Przedmiotem sporu jest ocena wyjaśnień.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz do wykazania szczegółowej kalkulacji ceny z rozbiciem na ewentualne koszty najmu lub dostawy parkometrów i innych urządzeń, które mają zostać dostarczone w postępowaniu, kosztów licencji oprogramowania, kosztów pracowników itp., w celu wyjaśnienia, że oferowana cena nie jest rażąco w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi odwołujący w dniu 15 kwietnia 2013 r. złożył wyjaśnienia zawierające też kalkulację ceny. Pismo zawierające ww. wyjaśnienia zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10) wskazał, że możliwość wykazania przez wykonawcę, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

W sytuacji odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa zamawiającym, zatem w postępowaniu odwoławczym Izba oceniając czynność zamawiającego, bierze pod rozwagę, czy wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę przekonują, że cena jego oferty jest rzetelna (tak m.in. KIO 1443/08).

W orzecznictwie przyjmuje się jednomyślnie, że jeśli wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp złoży wyjaśnienia niewystarczające, jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2010r., KIO/UZP 730/10).

Taka sytuacja zaistniała w przypadku oferty odwołującego, który wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień ze wskazaniem konkretnych informacji, których złożenia zamawiający oczekiwał, nie udzielił dostatecznych wyjaśnień. Wyjaśnienia odwołującego były również niejednoznaczne. Z ich literalnej treści należało oczekiwać, jak przyjął to zamawiający, że cena zakupu urządzeń i oprogramowania została podana w ostatniej kolumnie pierwszej tabeli.

Cena sprzętu, w tym parkometrów oraz oprogramowania stanowi najistotniejszy koszt związany z wykonaniem zamówienia, wywierający decydujący wpływ na cenę oferty, stąd w przypadku jej rażącego zaniżenia rażąco niska jest cena całej oferty.

Zdaniem Izby z treści udzielonych wyjaśnień wynika, że cena zakupu urządzeń i oprogramowania została podana w ostatniej kolumnie pierwszej tabeli. Tymczasem na rozprawie odwołujący złożył dowody (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), z których wynika, że cena ta była inna. Taka wysokość ceny nie została wskazana zamawiającemu w wyjaśnieniach i już z tego względu odrzucenie oferty odwołującego odpowiada prawu.

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie zamawiającemu wyjaśnień szczegółowych i kompletnych - prowadzących do przekonania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Również to właśnie zamawiającemu winny być złożone dowody, którymi wykonawca dysponuje w dacie otrzymania wyjaśnień (arg. Z art. 90 ust. 3 Pzp)

Zamawiający nie może domyślać się treści wyjaśnień, ani też istnienia dowodów potwierdzających prawidłowość ceny oferty. Wykonawca, który nie składa zamawiającemu wyjaśnień wykazujących poważny charakter jego oferty, ani posiadanych dowodów, czyni to na własne ryzyko i ponosi konsekwencje takiego zaniechania.

Uwzględnienie takich dodatkowych wyjaśnień oraz dowodów złożonych dopiero na etapie postępowania odwoławczego jest niedopuszczalne, łamie bowiem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których zamawiający jest zobowiązany przestrzegać.

Powołane na rozprawie nowych dowodów lub wskazanie okoliczności uzasadniających wysokość ceny oferty nie przywołanych we wcześniejszych wyjaśnieniach nie może być wzięte pod rozwagę przez Izbę.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W toku postępowania zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazania, czy odwołujący jest powiązany kapitałowo ze współnikami PHU PGP "Magiera i Wspólnicy" sp. j. w Nowym Sączu oraz czy faktycznie decyduje np. jako pełnomocnik i w jakim stopniu w sprawach działalności prowadzonej przez tę spółkę.

W odpowiedzi pismem z 15 kwietnia 2013 r. odwołujący oświadczył, iż nie jest powiązany kapitałowo ze wskazaną spółką jawną, a pomiędzy jego małżonką, będącą współnikiem spółki, a odwołującym istnieje rozdzielność majątkowa. Powołane okoliczności potwierdziły dowody złożone na rozprawie.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień i powołując się na sytuację rodzinną odwołującego ocenił, że złożenie przez niego oferty w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503. ze zm.), dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Zamawiający powiązał zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z rażąco niską ceną oferty. Należy natomiast zauważyć, że Izba uznała, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego w związku z jej ceną, były niewystarczające i niejednoznaczne wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, nie zaś fakt złożenia oferty z ceną rażąco niską.

Izba z urzędu nie ma wiedzy na temat, jaki jest poziom cen usług podobnych – prowadzenia stref płatnego parkowania. Aktualnego poziomu cen takich usług nie wykazał zamawiający i odwołujący. Nie zostało też wykazane jaki jest aktualnie poziom cen parkometrów, ani parkometrów używanych.

W tej sytuacji jedynym uzasadnieniem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp pozostaje nabycie przez odwołującego parkometrów od PHU PGP "Magiera i Wspólnicy" sp. j., w której współnikami są żona i syn odwołującego.

Izba uznała takie uzasadnienie za niewystarczające. Sam fakt powiązań rodzinnych między przedsiębiorcami, w sytuacji, gdy w danym postępowaniu ofertę składał jeden z nich nie uzasadnia zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzec też trzeba, że powiązania rodzinne nie mogą na gruncie ustawy stanowić również wystarczającej podstawy wykluczenia z postępowania, gdyż art. 24 ust. 2 pkt 5 nakazuje wykluczać wykonawców wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może być samodzielną podstawą do odrzucenia oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pogląd przeciwny jest konsekwentnie wyrażany w orzecznictwie Izby.

W okolicznościach sporu nie zaistniały jednak przesłanki wymagane przywołanym przepisem. Podnoszone jedynie w formie oświadczenia, lecz nie udowodnione przez zamawiającego, zbycie parkometrów przez PHU PGP "Magiera i Wspólnicy sp. j." na rzecz odwołującego w celu zapobieżenia egzekucji wierzytelności należnych zamawiającemu oraz cywilno – i podatkowoprawne konsekwencje umowy zawartej między odwołującym a PHU PGP "Magiera i Wspólnicy" sp. j. powinny być w takiej sytuacji przedmiotem oceny innych

powołanych ku temu organów i nie mogą przynieść skutku w postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie jednak Izba wyraża pogląd, że nabycie przez wykonawcę rzeczy niezbędnych do wykonania zamówienia od innego wykonawcy, w sytuacji, gdy jest on świadomy, że następuje to z pokrzywdzeniem wierzyciela z całą pewnością stanowi czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami. Zła wiara wykonawcy nie powinna doznawać ochrony na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie wykazał, że znajduje się w sytuacji finansowej wymaganej przez zamawiającego.

Zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 6.2 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców posiadania środków finansowych na rachunku lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 500.000,00 zł.

Dla wykazania spełniania powyższego warunku zamawiający żądał, aby wykonawcy przedłożyli informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą posiadane środki lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (Rozdział 7 pkt 7.2. SIWZ).

W Rozdziale 7 pkt 7.3. SIWZ zamawiający powielił treść art. 26 ust. 2b Pzp.

W odpowiedzi odwołujący złożył informację Alior Bank S.A. w Warszawie wystawioną dla Pana M..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fresh M..... Ś..... z 4 kwietnia 2013 r. potwierdzającą, że na 31 marca 2013 r. stan środków pieniężnych wynosił 593.424,65 zł. Informacja została złożona w formie kopii potwierdzonej przez odwołującego.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów z odwołujący złożył zobowiązanie Pana M..... Ś..... z 4 kwietnia 2013 r. do udostępnienia zasobów finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia, według konieczności i uznania odwołującego. Z treści zobowiązania wynika, że stosunek cywilnoprawny łączący strony opiera się o dwustronną umowę o współpracy, a zakres i udział podmiotu udostępniającego gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów, których kwota nie została wskazana. Zobowiązanie zawiera upoważnienie odwołującego do poświadczania za zgodność

dokumentów pochodzących od Pana M..... Ś.....

Izba uznała, że za pomocą informacji banku wykazane zostało, że – Pan M..... Ś..... dysponował środkami w wymaganej przez zamawiającego wysokości w dniu 31 marca 2013 r.. Odwołujący mógłby zatem wykazać za pomocą tego dokumentu spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp. Przepisy § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymaga złożenia opinii *wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert*, co oznacza, iż wskazanie zdolności finansowej wykazanej na dowolny z dni zawierających się w tym trzymiesięcznym okresie, jest prawidłowe.

Opinia banku została złożona we właściwej formie, gdyż odwołujący był upoważniony do poświadczania za zgodność oświadczeń i dokumentów pochodzących od podmiotu udostępniającego swe zasoby.

Izba uznała jednak, że nie zostało udowodnione, że środki w wysokości wymaganej przez zamawiającego zostaną odwołującemu udostępnione na okres niezbędny do korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Pan M..... Ś..... zobowiązał się wprowadzić do udostępnienia swoich zasobów finansowych odwołującemu, jednak nie wiadomo w jakiej wysokości, stanowi tym samym zobowiązanie puste. Opinia bankowa wystawiona przed otwarciem ofert sama w sobie nie może być dowodem na okoliczność wysokości środków które zostaną odwołującemu udostępnione w czasie wykonywania zamówienia. Moc zobowiązującą ma oświadczenie podmiotu, który udostępnia swe zasoby i z niego winna wynikać kwota, którą odwołujący będzie mógł dysponować jak własną na etapie wykonania zamówienia. Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 162/12 nie znajduje zastosowania w sprawie, gdyż dotyczy zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z powołaniem się na zasoby innego podmiotu badane jest przez Izbę *ad casum* z uwzględnieniem m.in. specyfiki zasobów podlegających udostępnieniu.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia.

Zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 6.2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy

wykazali się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający żądał złożenia 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.

Odwołujący złożył wraz z ofertą polisę nr 908200042825 wystawioną przez TUiR Warta S.A. w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2013 r. wskazującą okres ubezpieczenia 5.0.2013 r. – 4.04.2014 r. . Z treści dokumentu wynikało, że składka w wysokości 1.194,00 zł ma być płatna do dnia 12 kwietnia 2013 r.

Zamawiający pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów przez złożenie dowodu uiszczenia składki. W odpowiedzi odwołujący przy piśmie z 15 kwietnia 2013 r. złożył potwierdzenie przelewu wykonanego przez odwołującego 5.04. 2013 r. - zapłaty składki w wymaganej wysokości. Potwierdzenie zostało sporządzone 11 kwietnia 2013 r..

Zamawiający uznał, że polisa w dniu upływu terminu składania ofert nie była opłacona.

Nie jest sporne, że polisa składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być opłacona. Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp stan ten winien istnieć w terminie nie późniejszym, niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert i podlega wykazaniu przez wykonawcę.

Rozpoznając spór Izba zważyła, że wykładnia ustawowego pojęcia zawartego w przywołanym przepisie „nie później niż na dniu, w którym upływał termin składania ofert” prowadzi do wniosków odmiennych, niż wynikające z art. 111 § 1 k.c. stanowiącego, że termin liczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Regulacja ustawowa ma pierwszeństwo przed stosownie do art. 14 Pzp oraz art. 110 k.c. Dostrzeżenia wymaga, że termin składania ofert określony jest nie tylko w dniach ale również, co do godziny skutkiem czynności zamawiającego. Stan potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie może istnieć później, niż termin składania ofert, gdyż o udzielenie zamówienia winni ubiegać się wykonawcy zdolni do jego wykonania w momencie składania oferty. Tylko wtedy bowiem oferta taka jest poważna.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia oczekuje się wykonawców rzetelnych. Miarą wiarygodności gospodarczej, sumienności kupieckiej w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej w wymaganej wysokości.

Ustanawiając wymaganie złożenia polisy opłaconej ustawodawca chciał wyeliminować sytuację, w której wykonawca dokonuje opłacenia składki ubezpieczeniowej w terminie przypadającym po upływie terminu składania ofert, w zależności od tego, czy po otwarciu ofert uzna, że ma szansę na uzyskanie zamówienia. Znana Izbie praktyka gospodarcza wskazuje, że nawet jeśli opłata za składkę nie jest wymagana w dacie podpisania umowy o ubezpieczenie, lecz w terminie późniejszym, to w razie braku zapłaty składki ochrona ubezpieczeniowa upada (*arg. z art. 814 k.c.*). Stąd wykonawca, który wykazuje fakt posiadania ubezpieczenia za pomocą dokumentu polisy winien wykazać, że została ona opłacona przed upływem terminu składania ofert,

Okoliczność ta nie została wykazana przez odwołującego, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył zlecenie opłacenia składki, z którego nie wynika, czy polisa została opłacona przed upływem terminu składania ofert. Data wydruku przeczy też twierdzeniu zaprezentowanemu na rozprawie, zgodnie z którym odwołujący jedynie nie zdążył dołączyć wydruku do oferty przed jej złożeniem.

Ze złożonego pisma ubezpieczyciela z 7 maja 2013 r. wynika fakt objęcia odwołującego ochroną ubezpieczeniową od 5 maja 2013 r., co nie ma znaczenia dla oceny prezentowanej przez Izbę.

Zamawiający zasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp. Tym samym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....