

Sygn. akt: KIO 1867/16

## WYROK

z dnia 21 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2016 r. przez wykonawcę **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica;**

przy udziale wykonawcy **Air Liquid Polska Sp. z o.o., ul. Josepha Conrada 63, 31-357 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** na rzecz Zamawiającego - **Instytutu Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica** kwotę **5 203 zł 74 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście trzy złote siedemdziesiąt cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

**Przewodniczący:** .....

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

Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywne dostawy tlenu skroplonego wraz z dzierżawą urządzenia magazynowo- zasilającego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 078-138617.

W dniu 26 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów (dalej: „Odwołujący”) - o wyniku postępowania, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Air Liquid Polska Sp. z o.o., ul. Josepha Conrada 63, 31-357 Kraków (dalej: „Przystępujący” lub „Air Liquid”) .

W dniu 6 października 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z §1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) - dalej „rozporządzenie o dokumentach”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Air Liquide, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wnosił o:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenie Air Liquide z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą;
- uznanie, iż Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że do upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, tj. do dnia 31 sierpnia 2016 r. swoje oferty złożyło trzech wykonawców - Odwołujący, Air Liquide oraz Air Products sp. z o.o.

W dniu 26 września 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym między innymi o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Air Liquide. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych, bowiem Air Liquide podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania. Odwołujący wyjaśniał, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) określała warunki udziału w postępowaniu. Jednym z warunków było posiadania odpowiedniego potencjału ekonomicznego i finansowego.

Warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zdefiniowano w pkt VII.A.1 lit. d) SIWZ. Zgodnie z jego treścią Zamawiający oczekiwał przedstawienia „polis lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę co najmniej 100 000, 00 zł”. Zdaniem Odwołującego w ten sposób Zamawiający badał, czy wykonawca jest zdolny do zapłaty składki za ubezpieczenie na kwotę 100.000,- zł.

Stosownie do treści pkt VII.A.2 lit. d) SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp złożyć wraz z ofertą „polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wraz z dowodem opłacenia składek, na kwotę co najmniej 100 000, 00 zł”.

W opinii Odwołującego z przedstawionej powyżej treści SIWZ wynika jednoznacznie, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie pozostawania w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu dokument polisy (lub innego dokumentu ubezpieczenia) wraz z dowodem opłacenia składek. Innymi słowy, Zamawiający wymagał dwóch dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, tj.:

- a. polisa (lub inny dokument) i jednocześnie;
- b. dowód zapłaty składek.

Zdaniem Odwołującego Air Liquide nie udowodnił, iż zapłacił składki z tytułu ubezpieczenia a zatem nie udowodnił tego, iż w dniu składania ofert spełniał warunek, czyli był w stanie opłacić polisę.

Odwołujący podnosił, że Air Liquide nie wypełnił wymogów wynikających tak z przytoczonej treści dokumentacji przetargowej, jak i przepisów rozporządzenia o dokumentach.

Wyjaśniał, że do oferty wykonawcy Air Liquide została dołączona poświadczona kopia polisy OC, potwierdzająca, iż wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej u ubezpieczyciela AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. z siedzibą w Warszawie. Z treści przedstawionej Polisy nie wynikały terminy płatności i wysokość należnej składki - nie ma wątpliwości, iż oferta nie zawierała opłaconej polisy i nie zawierała dowodu opłacenia składek, czyli nie zawierała dokumentów niezbędnych dla udzielenia zamówienia.

Zamawiający w dniu 12 września 2016 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Air Liquide do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający w wezwaniu stwierdził, że w załączonej kopii polisy brakuje informacji o terminie płatności polisy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Air Liquide poinformował, że termin płatności składki za polisę ubezpieczeniową nr 02.898.137 został określony na 27 września 2016 r. oraz załączył pismo ubezpieczyciela, w którym przedmiotowy termin został potwierdzony.

Odwołujący zwracał uwagę, że na dzień składania ofert polisa nie była opłacona i stan ten nie zmienił się. Air Liquide potwierdził, iż nie opłacił polisy i tym samym nie udowodnił, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Analizując treść oferty i treść wyjaśnień złożonych przez Air Liquide Odwołujący twierdził, iż:

- a. Air Liquide potwierdził, iż zawarł umowę ubezpieczenia w taki sposób, iż warunek może być spełniony (ale nie musi) dopiero po złożeniu oferty,
- b. Air Liquide w dacie ogłoszenia postępowania wiedział, że nie spełnia wymaganego warunku i
  - nie skorzystał z prawa odwołania by zmienić niekorzystny dla siebie warunek i jednocześnie,
  - zawarł taką umowę ubezpieczenia, by opłacenie tego ubezpieczenia było wymagane po złożeniu oferty,
- c. Uzasadnionym jest twierdzenie, iż działania Air Liquide były świadome i w podjęte w celu przedstawienia nieopłaconej polisy, co obniża koszty ubiegania się o zamówienia, ale nie czyni zadość postawionemu warunkowi.

Odwołujący podkreślał, że wezwanie do uzupełnienia oferty - podobnie jak wcześniej treść SIWZ - nie zostało zakwestionowane poprzez wniesienie odwołania. Air Liquide nie może w tej chwili uchylić się od nałożonych na niego obowiązków.

Air Liquide zamiast złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku przedstawił wyjaśnienia (wraz z pismem ubezpieczyciela), z których wynika, iż dołączona do jego oferty polisa nie jest opłacona ani w całości ani w części. Można zasadnie twierdzić, iż w konsekwencji działań Zamawiającego, Air Liquide musiał wykonać nałożony na niego obowiązek przedstawienia dowodu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Dowód miał być przeprowadzony na okoliczność opłacenia polisy, czyli zapłaty za udzieloną ochronę ubezpieczeniową. Air Liquide nie sprostął obowiązkowi przeprowadzenia tego dowodu.

Odwołujący twierdził, że Air Liquide sam wskazał, iż nie opłacił polisy - tym samym potwierdził, że nie spełnia warunku.

Wyjaśniał, że Air Liquide w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie uzupełnił potwierdzenia uiszczenia opłaty i dlatego należy uznać, iż polisa dołączona do jego oferty nie jest opłacona. Z wyjaśnień Air Liquide, jak również z pisma ubezpieczyciela z dnia 13 września 2016 r. wynika, iż od polisy wymagane jest dokonanie jednorazowej opłaty płatnej do dnia 27 września 2016 r. - termin ten został wyznaczony po upływie terminu składania ofert (tj. po 31 sierpnia 2016 r.). Bez znaczenia pozostaje fakt, iż umownie określona wymagalność zapłaty składki przypadała na dzień późniejszy niż termin składania ofert, bowiem zarówno przepis §1 ust. 1 pkt 11

rozporządzenia, jak i postanowienia SIWZ wymagają, aby wykonawca legitymował się opłaconą polisą.

Zdaniem Odwołującego błędnym jest przyjęcie, iż wykonawca może skutecznie przedstawić nieopłaconą polisę o ile brak opłaty wynika z treści umowy ubezpieczeniowej. Dopuszczenie takiego rozwiązania oznaczałoby, iż wymóg wprowadzony przez ustawodawcę w postaci konieczności przedłożenia „opłaconej polisy” jest iluzoryczny skoro wykonawca może w zależności od tego czy ma szanse na uzyskanie zamówienia czy nie dokonać opłaty polisy po upływie terminu składania ofert. Podkreślić też należy, że brak opłacenia wymaganej SIWZ polisy obniża koszty ubiegania się o zamówienie i co za tym idzie ma wpływ na oferowaną cenę. Wprawdzie zasada swobody umów pozwala na rozłożenie składki ubezpieczeniowej na raty a także na prolongatę zapłaty jednak korzystanie z tej swobody w okolicznościach niniejszej sprawy jest nadużyciem prawa a zaakceptowanie takich działań narusza zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż zgodnie z art. 5 k.c. nadużycie prawa nie korzysta z ochrony.

Podsumowując, z dokumentów przedstawionych przez Air Liquide wynika, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej nie później niż do upływu terminu składania ofert w postępowaniu. W ujęciu formalno-prawnym: Air Liquide nie dołączył do oferty opłaconej polisy a zatem dokument ten (tj: Polisa) jest niezgodny z wymogami rozporządzenia oraz SIWZ. W ujęciu materialno-prawnym: Air Liquide nie wykazał, iż jest w stanie ponieść koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez siebie działalności.

Następnie Odwołujący wskazywał, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań, które są spójne z przepisami rozporządzenia. Ponieważ tylko opłacona polisa potwierdza sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy, to wymóg opłacenia polisy powinien być przestrzegany przez wykonawców i egzekwowany przez Zamawiającego. Dla oceny spełnienia warunku posiadania określonej zdolności ekonomicznej i finansowej dla posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej fakt opłacania ubezpieczenia jest kluczowy, co zostało jednoznacznie wyartykułowane w rozporządzeniu o dokumentach - § 1 pkt 1 ppkt 11. Ustawodawca w omawianym przepisie wskazał, iż polisa ma być opłacona. Przepis nie dopuszcza skutecznego posłużenia się jedynie „polisą” (nieopłaconą) i to niezależnie od treści tej polisy i ukształtowanego w niej terminu i warunków zapłaty - po prostu nie opłacona polisa jest bezużyteczna dla oceny potencjału ekonomicznego i finansowego wykonawcy.

W ślad za rozporządzeniem o dokumentach, również Zamawiający w VII.A.2 lit. d) SIWZ wskazał, iż oczekuje przedstawienia przez wykonawców polisy z dowodem opłacenia składek - wymóg opłacenia polisy powinien być zatem przez wykonawców przestrzegany.

Polisa jest dowodem zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności, pozytywnej weryfikacji ubezpieczonego przez ubezpieczyciela i udźwignięcia ciężarów z tym związanych. Twierdzenie to jest zgodne z orzecnictwem i doktryną. Posiadanie i opłacenie ubezpieczenia składa się na możliwość dokonania oceny przez Zamawiającego czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu spełnia warunek pozostawania w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej - por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. KIO 62/12, uchwała KIO z dnia 14 marca 2012 r., KIO/KD 27/12. Także doktryna wskazuje, iż polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia wymagana jest w celu (por. opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opublikowana na stronie UZP):

- potwierdzenia zdolności bycia ubezpieczonym oraz
- potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy pozwalającej na poniesienie kosztów ubezpieczenia.

Odwołujący podnosił, że opłacenie składki nie jest jedynie wymogiem formalnym czy pozostającym bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a pozwala wykazać, iż wykonawca jest w stanie ponieść koszty ubezpieczenia. Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 2ą Pzp, zobowiązany jest dokonywać oceny spełnienia postawionych warunków na dzień składania ofert. Tylko wykazanie przez wykonawcę zatem, iż posiada - na dzień, w którym upłynął termin składania ofert - opłaconą polisę (lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej) może stanowić spełnienie przesłanek określonych przepisami prawa.

Wprawdzie (ze względu na zasadę swobody umów) ubezpieczenie może być opłacone jednorazowo lub w kilku wcześniej ustalonych składkach (ratach) jednak - biorąc pod uwagę fakt, że zarówno rozporządzenie (w brzmieniu obowiązującym sprzed nowelizacji), jak i Zamawiający wymagają przedstawienia polisy opłaconej - obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia było przedstawienie polisy z dowodem opłacenia tej polisy.

Odwołujący podnosił, że stosując wykładnię względniejszą dla wykonawców może ewentualnie przyjąć, iż wystarczającym jest opłacenia - na dzień składania ofert - co najmniej jednej składki ubezpieczeniowej. Rozważanie to jest w niniejszej sprawie nieistotne o tyle, iż Air Liquide nie opłacił polisy ani w całości ani w części.



W dniu 10 października 2016 r. do Izby, ze strony Air Liquide wpłynęło pismo, zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 17 października 2016 r. do Izby, w formie faksu, wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W formie pisemnej odpowiedź na odwołanie została złożona w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W dniu 20 października 2016 r. do Izby, w formie faksu, wpłynęło pismo Odwoływającego, zawierające argumentację w rozpoznawanej sprawie. W formie pisemnej Odwoływający złożył pismo w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, pismo procesowej Odwoływającego, odpowiedź na odwołanie, złożone dowody oraz stanowiska i oświadczenia złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwoływającego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

#### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Z ustaleń Izby wynika, że w pkt VII.A.1 lit. d) SIWZ Zamawiający, opierając się na treści art. 22 ust. 1 Pzp sprecyzował następujący warunek udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej: „posiadanie polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę co najmniej 100.000, 00 zł”.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp powinien był złożyć wraz z ofertą „polisę

lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wraz z dowodem opłacenia składek, na kwotę co najmniej 100.000, 00 zł” (pkt VII.A.2 lit. d) SIWZ).

Wykonawca Air Liquide wraz ze złożoną ofertą złożył poświadczoną kopię polisy nr 02.898.137 potwierdzająca, iż wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej u ubezpieczyciela AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. z siedzibą w Warszawie. W treści polisy, na stronie 3, pod pozycją „okres ubezpieczenia” wskazano następujące daty: od 01.07.2016 do 30.06.2017. Powyższe zostało potwierdzone również przez oświadczenie Ubezpieczyciela z dnia 24.08.2016 r. (str. 30 oferty), w którym wskazano, że okres ubezpieczenia zgodnie z polisą od 01.07.2016 do 30.06.2017. Ponadto w treści oświadczenia AXA TUIR oświadczył, że fakt wyznaczenia terminu w późniejszej dacie, nie ma wpływu na istnienie i warunki ochrony ubezpieczeniowej w ramach ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej, którym objęta jest firma Air Liquide Polska Sp. z o.o. w okresie od 01.07.2016 do 30.06.2017.

Z ustaleń Izby wynika, że 4 ww. polisy w pozycji „płatność składki” podano „na podstawie faktur”. W związku z tym w treści polisy brak było konkretnego terminu płatności i wysokość należnej składki.

W związku z powyższym Zamawiający w piśmie z dnia 12 września 2016 r. poinformował Przystępującego, że w złożonej kopii polisy ubezpieczeniowej brak jest informacji o terminie płatności polisy i wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do „udokumentowania terminu płatności polisy, a w przypadku jej zapadalności przed dniem złożenia oferty (31.08.2016 r.) o udokumentowanie jej zapłaty, zgodnie z wymogami z pkt. VII.A. ppkt. 2 lit. d) SIWZ”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Air Liquide pismem z dnia 15 września 2016 r. poinformował, że termin płatności składki za polisę ubezpieczeniową nr 02.898.137 został określony na 27 września 2016 r. oraz załączył pismo ubezpieczyciela (pismo z dnia 13.09.2016 r.), w którym oświadczył on, że termin płatności składki za polisę numer 02.898.137 został określony na dzień 27.09.2016 r.

W toku rozprawy Przystępujący złożył dowód w postaci oświadczenia AXA TUiR, opatrzonego datą 11.10.2016 r.”, w którym wskazano, że polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej nr 02.898.137 jest w mocy. Ochrona ubezpieczeniowa obowiązuje w okresie ubezpieczenia od 01.07.2016 do 30.06.2017. W treści oświadczenia znajduje się informacja, że składka z tytułu ww. polisy została zapłacona i ubezpieczony nie zalega z płatnością składki.

Nie było sporne, że na dzień składania ofert składka nie została opłacona przez Przystępującego.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że według art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 11 rozporządzenia o dokumentach w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, 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.

Natomiast art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W omawianej sprawie stan faktyczny sprawy zreferowany powyżej jest między stronami właściwie bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Izba odniosła się rozumienia treści specyfikacji w zakresie opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został zawarty w pkt VII.A.2 lit. d) SIWZ. W ocenie Izby oczywistym jest, że wskazany powyżej opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest ściśle powiązany z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie ekonomiczno – finansowym, opisanym w pkt VII.A.1 lit. d) SIWZ. W związku powyższym jasnym jest, że interpretacji ww. opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać przez pryzmat tegoż warunku, ale z uwzględnieniem treści stosownych przepisów wykonawczych, tj. § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia o dokumentach.

Podkreślenia wymaga, że w ramach omawianego postępowania Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu odwołał się do konieczności posiadania polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę co najmniej 100.000, 00 zł. Celem weryfikacji jego spełnienia Zamawiający zażądał o wykonawców ubiegających się o zamówienie przedstawienia polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wraz z dowodem opłacenia składek, na kwotę co najmniej 100.000, 00 zł. Takie ukształtowanie opisu spełnienia warunku udziału, opisanego w pkt VII.A.1 lit. d) SIWZ wprost wpisuje się w treść przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia o dokumentach, zgodnie z którym zamawiający się uprawniony do żądania od wykonawców „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. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że takie ukształtowanie postanowień w pkt VII.A.1 lit. d) SIWZ stanowi swoiste przeniesienie treści § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia o dokumentach do treści dokumentu, opracowanego przez Zamawiającego, jakim jest specyfikacja.

Kolejno Izba odniosła się do kwestii, związanej z przedstawieniem przez Przystępującego polisy OC z odroczonym terminem płatności składki, przypadającym na dzień 27 września, tj. po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 31.08.2016 r.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przedmiotem badania przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest fakt objęcia ochroną ubezpieczeniową. W tej mierze kluczowe znaczenie mają przepisy KC. Zawarte w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11) rozporządzenia o dokumentach wymagane, aby wykonawca legitymował się polisą koresponduje z treścią art. 814 §1 kc, zgodnie z którym w typowym nazwanym stosunku cywilnoprawnym umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Tym samym w typowym stosunku ubezpieczenia ochrona ubezpieczeniowa w przypadku odroczonej płatności składki lub pierwszej raty składki rozpocznie się w dniu następnym po zapłaceniu tej składki lub jej pierwszej raty. Jednak ustawodawca w art. 814 § 1 kc przewidział także możliwość kształtowania wolą stron postanowień umowy ubezpieczenia dotyczących momentu powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela.

W kontekście skuteczności powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela przy uwzględnieniu określenia „opłaconej polisy” aktualny pozostaje pogląd zaprezentowany przez Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 sierpnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt. XIX Ga 460/12, który Izba w pełni podziela. „ (...) Zdaniem Sądu Okręgowego nie dość jasne pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy sięgnąć do art. 814 § 1 k.c. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także i przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym - w określonych umownie ratach. W rezultacie spełnienie wymogu wynikającego z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy tłumaczyć w powiązaniu o treść art. 814 § 1 k.c. tj. czy zawarcie umowy ubezpieczenia powoduje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, czy też koniecznym do tego jest opłacenie składki. Jeśli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże, że opłacił składkę ubezpieczeniową, względnie, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także

*przed opłaceniem składki, to należy przyjąć, że oba przypadki mają zatem jednakowe znaczenie dla wykazania wymogów z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia. W obu bowiem przypadkach ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność wynikającą z umowy ubezpieczenia, a jedynie to ma znaczenie z punktu widzenia wymogów tego przepisu. Można w takiej sytuacji przyjąć, że o ile wykonawca wykaże stosownym dokumentem, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność bez względu na opłacenie składki, to nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.”*

Prezentowany powyżej pogląd znajduje również odzwierciedlenie w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowanej w Informatorze UZP nr 5/2013, w której wprost wskazano, że należy podzielić pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt XIX Ga 460/12 Sądu okręgowego w Katowicach, który wskazał, że pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela umowy ubezpieczenia.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że z treści polisy Przystępującego, ale także również z treści odrębnych oświadczeń ubezpieczyciela AXA TUiR (28.08.2016 oraz 13.09.2016 r.) wprost wynika ochrona ubezpieczeniowa wykonawcy z polisy 02.898.137, obowiązująca w okresie ubezpieczenia od 01.07.2016 do 30.06.2017. Zatem nie budzi, żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca Air Liquide na dzień składania ofert był objęty ochroną ubezpieczeniową, pomimo odroczenia terminu płatności składki. Tym samym wykazano ponad wszelką wątpliwość, że ubezpieczyciel w okresie ubezpieczenia, tj. od 01.07.2016 do 30.06.2017. ponosi pełną odpowiedzialność w ramach ww. polisy. W związku z tym fakt opłacenia składki w późniejszym terminie niż termin składania ofert, bo do dnia 27 września 2016 r. (co zostało potwierdzone oświadczeniem z dnia 11.10.2016 r.) nie powoduje konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się na ruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia o dokumentach. W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

