

Sygn. akt: KIO 1200/22

WYROK
z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Michał Pawłowski
Joanna Gawdzik - Zawalska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2022 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań**

przy udziale wykonawcy **H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 3 lit. b specyfikacji warunków zamówienia.

3. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wnoszącego sprzeciw – **H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw – **H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Poznań [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości położonych na terenie Miasta Poznania* (znak postępowania: ZPb-II.271.95.2021.MA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 002 – 003265.

W dniu 2 maja 2022 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 4 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności całości wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokonanego przez ALKOM (tj. całości wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami – o ile zostały one złożone) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż ALKOM nie wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

a. nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnych twierdzeniach o posiadaniu przez te informacje bliżej nieokreślonej wartości gospodarczej, o możliwości zainteresowania konkurentów ALKOM posiadaniem zastrzeżonych dokumentów oraz o możliwym narażeniu ALKOM, w razie udostępnienia informacji, nie niesprecyzowane „straty materialne i szkody gospodarcze”,

b. wprost wskazał, że zastrzegane dokumenty zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień dla Zamawiającego,

c. nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji – nie złożył w tym zakresie nawet oświadczenia, nie wspominając już o wykazaniu (udowodnieniu) podjęcia takich działań,

d. dokonał zastrzeżenia w sposób całościowy, w zakresie całego dokumentu, załączników i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiegokolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierają,

2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ALKOM do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu

potwierdzającego, że ALKOM był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie wymaganym w SWZ w dacie złożenia oferty w sytuacji, gdy z przedstawionego przez ALKOM na wezwanie Zamawiającego dokumentu potwierdzającego spełnienie ww. warunku, tj. POLISY UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ OGÓLNEJ Nr 1040010140 – przedstawionej w formie dwóch odrębnych dokumentów (pliki elektroniczne nazwane odpowiednio: „3. Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 1.BES.pdf” oraz „3.3 Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 2.BES.pdf”) wynika jednoznacznie, że ubezpieczenie OC odzwierciedlone w tej polisie początkowo obejmowało sumę gwarancyjną na poziomie 3 400 000 PLN (dokument „3. Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 1.BES.pdf”), a dopiero począwszy od dnia 8 kwietnia 2022 suma ta została podwyższona do kwoty 3 500 000 PLN w dokumencie „3.3 Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 2.BES.pdf” wskazane zostało, że dokument ten jest potwierdzeniem zakresu ubezpieczenia umowy odpowiedzialności cywilnej obowiązującym od dnia 8.04.2022 r. co wprost wskazuje, że ALKOM w okresie od dnia złożenia oferty (22 luty 2022 r.) do dnia 8 kwietnia 2022 r. nie był ubezpieczony na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 3 500 000 PLN, podczas gdy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby każdy wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały okres od złożenia oferty aż do jej wyboru, a więc również w dacie złożenia oferty w Postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zaniechania odrzucenia oferty ALKOM pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty ALKOM jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez ALKOM jako tajemnica przedsiębiorstwa;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ALKOM, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego w pkt 4 powyżej;
5. nakazanie Zamawiającemu wezwanie ALKOM do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. polisy OC lub innego dokumentu potwierdzającego, że ALKOM był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez Zamawiającego również w okresie od 22 lutego do dnia 8 kwietnia 2022 r.;
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu określonego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca ALKOM, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ przedstawił Zamawiającemu POLISĘ UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ OGÓLNEJ Nr 1040010140, przy czym przedstawił ją w postaci dwóch dokumentów – dwóch plików nazwanych odpowiednio:

- 1) „3. Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 1.BES.pdf”,
- 2) „3.3 Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 2.BES.pdf”.

Odwołujący wskazał, że oba te dokumenty poświadczały warunki tej samej umowy ubezpieczenia OC, tj. umowy zawartej przez ALKOM z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń S.A, dla której okres ubezpieczenia został ustalony od 12.05.2021 r. do 11.05.2022 r. Pierwszy z tych dokumentów wskazuje, że wspomniane ubezpieczenie opiewało na sumę 3 400 000 zł, drugi zaś – że na sumę 3 500 000 zł. Co istotne jednak w nagłówku drugiego z ww. dokumentów – tego opiewającego na kwotę równą wymaganiu ustalonemu przez Zamawiającego – znajduje się adnotacja, że jest on potwierdzeniem zakresu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obowiązującym od dnia 8 kwietnia 2022 r. Podobna adnotacja znajduje się na wstępie (w pierwszej linijce) pkt. 4 polisy – w którym to pkt znajduje się informacja m.in. o wysokości sumy gwarancyjnej na poziomie 3 500 000,00 zł (PLN).

Z powyższego wynika jednoznacznie, że ALKOM w ramach polisy nr 1040010140 posiadał ubezpieczenie OC w okresie od 12 maja 2021 r. do 11 maja 2022 r., przy czym:

- w okresie od 12 maja 2021 r. do 7 kwietnia 2022 r. był ubezpieczony na sumę 3 400 000 zł,
- a jedynie dla okresu od 8 kwietnia 2022 r. do 11 maja 2022 r. suma ta została podwyższona do 3 500 000 zł.

Tymczasem swoją ofertę ALKOM złożył w dniu 22 lutego 2022 r. – a więc w czasie, kiedy nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia na poziomie 3 500 000 zł. Wymagany poziom ALKOM osiągnął dopiero w dniu 8 kwietnia 2022 r. – a więc w czasie kiedy przedstawiona przez niego polisa OC opiewała na niższą niż wymagana sumę.

W konsekwencji ALKOM nawet nie tylko nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w całym okresie ważności swej oferty, ale wręcz wykazał, że w chwili złożenia tej oferty wymaganego ubezpieczenia nie posiadał – tj. że posiadał ubezpieczenie niższe, aniżeli wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1551/19, z którego wynika, że wprawdzie dokumenty składane na wezwanie zamawiającego powinny być aktualne na dzień ich złożenia, to jednak warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia

musi trwać przez całe postępowanie. Stanowisko powyższe zasługuje na pełną aprobatę – stąd Odwołujący prezentuje je jako własne.

Tym samym, skoro przedstawiona przez ALKOM polisa OC nie wskazuje na spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty (a wręcz wynika z niej, że w dacie składania oferty wykonawca ALKOM ubezpieczeniem w wymaganej wysokości objęty nie był, konieczne było odrzucenie oferty ALKOM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Na wypadek, gdyby uznać, że przedstawione przez ALKOM dokumenty na tym etapie nie dawały jeszcze podstaw do uznania, że wykonawca ten warunku udziału w postępowaniu nie spełnił i że może on przedstawić inną polisę potwierdzającą ubezpieczenie OC (co w stanie faktycznym sprawy jest wysoce wątpliwe) wskazuję, że w takim przypadku ALKOM winien zostać wezwany do uzupełnienia prawidłowej polisy OC na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (a następnie – w razie braku przedstawienia prawidłowego środka dowodowego, jego oferta winna zostać odrzucona). Zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania ww. procedury świadczyło w tym kontekście o naruszeniu przywołanego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (którego stosowanie ma charakter obligatoryjny).

Pismem z dnia 17 maja 2022 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Przystępujący oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 23 maja 2022 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 maja 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu [dalej „Przystępujący” albo „ALKOM”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 6 maja 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 kwietnia 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 maja 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż: Sektor IV – Nowe Miasto 3 500 000,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 4 pkt 3 SWZ, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: Dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

W dniu 22 lutego 2022 r. upłynął termin składania ofert.

W zakresie części 4 zamówienia oferty złożyli m.in. Przystępujący oraz Odwołujący.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale VI ust. 4 SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył m.in. Polisę Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Ogólnej Nr 1040010140, przy czym przedstawił ją w postaci dwóch dokumentów – dwóch plików nazwanych odpowiednio:

- 1) „3. Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 1.BES.pdf”,
- 2) „3.3 Polisa OC ALKOM FHU 2021 2022 część 2.BES.pdf”.

Ww. dokumenty poświadczają warunki tej samej umowy ubezpieczenia OC, tj. umowy zawartej przez ALKOM z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń S.A, dla której okres ubezpieczenia został ustalony od 12.05.2021 r. do 11.05.2022 r.

Pierwszy z ww. dokumentów wskazuje, że wspomniane ubezpieczenie opiewało na sumę 3 400 000 zł, drugi zaś – że na sumę 3 500 000 zł.

W nagłówku drugiego z ww. dokumentów znajduje się adnotacja, że jest on potwierdzeniem zakresu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obowiązującym od dnia 8 kwietnia 2022 r. Podobna adnotacja znajduje się na wstępie (w pierwszej linijce) pkt. 4 polisy – w którym to pkt znajduje się informacja m.in. o wysokości sumy gwarancyjnej na poziomie 3 500 000,00 zł (PLN).

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający w części 4 zamówienia wybrał ofertę Przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania podlegało umorzeniu. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Przystępujący oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. zarzutu odwołania.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ALKOM do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu potwierdzającego, że ALKOM był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie wymaganym w SWZ w dacie złożenia oferty.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, polisa OC itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego było prawidłowe w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych. Bezspornie wykonawca ALKOM w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ, ale wprost potwierdził, że w chwili złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną niższą niż wymagana przez Zamawiającego w ramach warunku, tj. 3 500 000,00 zł. Ze złożonych przez ALKOM dokumentów podmiotowych jednoznacznie wynika, że Przystępujący w ramach polisy nr 1040010140 w okresie od 12 maja 2021 r. do 7 kwietnia 2022 r. był ubezpieczony na sumę 3 400 000 zł, a jedynie dla okresu od 8 kwietnia 2022 r. do 11 maja 2022 r. suma ubezpieczenia została podwyższona do 3 500 000 zł. Z powyższego wynika zatem, iż Przystępujący był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia na wymaganą w SWZ sumę gwarancyjną dopiero w dniu 8 kwietnia 2022 r., tj. 1,5 miesiąca po upływie terminu składania ofert (22 lutego 2022 r.). Jednocześnie zauważyć należy, iż wykonawca ALKOM wraz z ofertą złożył oświadczenie JEDZ stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przywołanych wyżej przepisach ustawy Pzp, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z akcentowanym przez Przystępującego art. 126 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Podkreślić jednak należy, iż podnoszonej przez Przystępującego „aktualności” dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 13 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wskazać należy, że: *„Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje.”*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalne legitymowanie się przez wykonawcę ochroną ubezpieczeniową w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną uzyskaną dopiero 1,5 miesiąca po upływie terminu składania ofert, co miało miejsce w realiach niniejszej sprawy. Innymi słowy, na podstawie przedstawionej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1040010140 wykonawca ALKOM nie wykazał, że spełniał sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie części 4 zamówienia na dzień złożenia oferty oraz że stan ten (spełnienie warunku) trwał aktualnie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2022 r. W świetle powyższego nie można uznać, iż ALKOM wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W konsekwencji Zamawiający winien wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....