

WYROK
z dnia 27 maja 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2014 roku przez odwołującego: **K..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Reklamowy Znaki pl, ul. Nyska 22, 48 – 385 Otmuchów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45 – 085 Opole,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **K..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Reklamowy Znaki pl, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez odwołującego **K..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Reklamowy Znaki pl,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego **K..... G.....**, **prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Reklamowy Znaki pl**, na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** kwotę 4 101 zł 48 gr (słownie: cztery tysiące sto jeden złotych czterdzieści osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, w tym kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 501 zł 48 gr tytułem zwrotu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Wykonanie oznakowania na dojazdach do autostrady A-4 na węzłach Prądy i Dąbrówka w przypadku zamknięć jezdni zasadniczej dla kierunku Wrocław lub Katowice*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2014 roku pod numerem 81237-2014.

W dniu 12 maja 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez ReZNAK Znaki Drogowe, R..... T..... B....., W..... B..... s.c. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wykonawcę – Zakład Reklamowy „Znaki pl” K..... G....., gdyż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia od Odpowiedzialności Cywilnej, tj. nie przedłożył (ani w ofercie ani na wezwanie z dnia 5.05.2014 r.) opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 200 000 PLN, dlatego też zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jego ofertę uznano za odrzuconą.

W dniu 16 maja 2014 roku K..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Reklamowy Znaki pl [zwany dalej „Odwołującym”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie z postępowania Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty w związku ze złożeniem innych dokumentów niż oczekiwał Zamawiający przez rozbieżność w treści samej dokumentacji postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia,

- dokonania ponownego wyboru ofert,
- dokonania zwrotu kosztów poniesionych w związku z odwołaniem.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wykluczył go z postępowania z uwagi na to, że zdaniem Zamawiającego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia od Odpowiedzialności Cywilnej, przy czym przed podjęciem decyzji Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że w piśmie nr 215/14 z dnia 8.05.2014 r., odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, wskazał iż, do oferty załączył zobowiązanie do podniesienia wartości polisy do kwoty 200 tys. złotych w związku z postanowieniami zawartymi w dołączonych do SIWZ Istotnych dla stron postanowień umowy, tj. w § 11 oraz, że na tej podstawie, przez złożenie zobowiązania do zawarcia (podwyższenia) umowy ubezpieczenia i przedłożenia jej Zamawiającemu w dniu wejścia na teren budowy spełnił warunki udziału w postępowaniu. Dalej Odwołujący podniósł, że odmienność stanowisk Odwołującego i Zamawiającego wynika z rozbieżności zapisów w SIWZ, przy czym Odwołujący kierował się zapisami zawartymi w „Istotnych dla stron postanowieniach umowy” a Zamawiający pkt 8.2.5 Instrukcji dla Wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że działając w zaufaniu do Zamawiającego miał prawo zakładać, iż postawione wobec wykonawców wymagania są spójne, racjonalne i nie wymagają stosowania reguł kolizyjnych celem ich dookreślenia oraz, że rozbieżności w treści dokumentacji postępowania nie mogą prowadzić, w wyniku procesu wykładni i stosowania reguł kolizyjnych, do przyjęcia za wiążące tych postanowień, które są bardziej rygorystyczne dla wykonawców.

W dniu 27 maja 2014 roku, przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania oraz wskazał, że określony w treści SIWZ w pkt 7.2.4 oraz w pkt 8.2.5 Instrukcji Dla Wykonawców wymóg przedłożenia przez wykonawców dokumentu opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 200 000 PLN, ma na celu ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Celem formułowania tego rodzaju wymogu nie było zaś odpowiednie zabezpieczenie prawidłowego wykonywania umowy, gdyż ta kwestia jest zagadnieniem osobnym, regulowanym na późniejszym etapie, poprzez odpowiednie ukształtowanie treści umowy. Zamawiający powołał przy tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej na potwierdzenie tezy, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji

zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości. Zamawiający wskazał, że Odwołujący pomimo wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełnił brakujących dokumentów, w związku z czym w sposób zasadny i prawidłowy został wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta została odrzucona. Zamawiający podniósł także, że w treści SIWZ nie występowały żadne rozbieżności, albowiem postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny, wyraźny i zrozumiały określają zarówno wymaganą minimalną kwotę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, jak i formę i treść (rodzaj) wymaganych dokumentów. Postanowienia te w sposób jednakowy wiązały wszystkich potencjalnych wykonawców i w jednakowy sposób określały ich sytuację i obowiązki w ramach postępowania, stąd też brak jest uzasadnienia dla zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Treść postanowień zawartych w § 11 Istotnych dla stron postanowień umowy nie ma znaczenia dla oceny zasadności podjętej przez Zamawiającego decyzji, gdyż dotyczy osobnej kwestii konkretnego sposobu zabezpieczenia uzasadnionych interesów Zamawiającego, realizowanego na odrębnym i późniejszym etapie postępowania, tj. na etapie realizacji stosownej umowy.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzegł obowiązek przedłożenia opłaconej polisy, który powinien być spełniony na dzień upływu terminu składania ofert. Późniejsze zaś wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę, tj. opłata polisy, nie może być uznane za spełnienie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego tytułu nie można uznać za uzasadnione stanowisko Odwołującego, że sam fakt, iż do oferty załączył pisemne zobowiązanie do dostarczenia polisy ubezpieczeniowej OC na wartość co najmniej 200 000 PLN w przypadku podpisania umowy na wykonanie zadania, potwierdza spełnianie wymagań SIWZ

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego złożonej w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także z wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 05.05.2014 r. oraz pisma Odwołującego nr 215/14 z dnia 8.05.2014 r.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] w Rozdziale 1 zatytułowanym *Instrukcja dla Wykonawców* [zwanej dalej: „IDW”] w pkt 7.2.4. dotyczącym opisu sposobu dokonywania oceny warunku w postaci sytuacji ekonomicznej i finansowej wskazał, że *„wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 200 000 PLN”*. W pkt 8.2. IDW Zamawiający określił jakie oświadczenia i dokumenty wykonawcy zobowiązani są przedłożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, opisanych w pkt 7.2. IDW, przy czym z pkt 8.2.5. wynika, że Zamawiający żądał, aby wykonawca przedłożył: *„opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 200 000 PLN”*.

W treści SIWZ zawarte zostały także *Istotne dla Stron Postanowienia Umowy* [tom II SIWZ], na które powoływał się Odwołujący. § 11 ust. 2 *Istotnych dla Stron Postanowień Umowy* stanowi, iż *„wykonawca zobowiązuje się do zawarcia na własny koszt odpowiednich umów ubezpieczenia z tytułu szkód, które mogą zaistnieć w związku z określonymi zdarzeniami losowymi oraz od odpowiedzialności cywilnej na czas realizacji robót i usług objętych umową. Umowy nie mogą zawierać klauzuli wykluczającej wypłatę odszkodowania za zobowiązania wobec Skarbu Państwa ani postanowień ustanawiających franszyzę”*. Z treści § 11 ust. 5 wynika, że *„wykonawca najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, przedłoży do wglądu Zamawiającego umowy ubezpieczenia, o których mowa w ust. 2”*.

Odwołujący do oferty załączył polisę OC nr 908522754688 z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia wraz z odpowiedzialnością za produkt i wykonaną usługę na sumę gwarancyjną 100 000 zł, przy czym nie przedstawił dowodu, że polisa ta została opłacona. Ponadto, Odwołujący przedłożył oświadczenie o treści następującej: *„Oświadczamy, iż w przypadku podpisania umowy na wykonanie niniejszego zadania dostarczymy polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 200 000 PLN”*.

Pismem datowanym na dzień 5.05.2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumentu opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 200 000 PLN.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący uzupełnił ofertę poprzez przekazanie potwierdzenia uiszczenia opłaty składki z tytułu polisy ubezpieczeniowej, załączonej do oferty oraz wskazał, że do oferty załączył zobowiązanie do podniesienia wartości polisy do kwoty 200 000 zł, przez co w kwestii ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na dzień składania ofert spełnił wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Izba stwierdziła, że zarzut podniesiony w odwołaniu jest bezzasadny.

Izba podzieliła w całości stanowisko wyrażone przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, postanowienia SIWZ, dotyczące wymogu przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu – sytuacji finansowej i ekonomicznej – są spójne, logiczne i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła, że pomiędzy postanowieniami zawartymi w pkt 7.2.4. oraz w pkt 8.2.5. IDW a postanowieniami zawartymi w § 11 *Istotnych dla Stron Postanowienia Umowy* zachodzi jakakolwiek rozbieżność, a także, że konieczne jest stosowanie reguł kolizyjnych celem ich dookreślenia i wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z kolei przepis art. 22 ust. 5 zd. 1 stanowi, iż warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Istotny jest także przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Z powołanych uprzednio postanowień zawartych w IDW wprost wynika, że wykonawcy byli zobowiązani do wykazania, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 200 000 PLN. Skoro dotyczyło to wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinni byli to uczynić nie później niż na dzień składania ofert, w szczególności poprzez złożenie opłaconej polisy opiewającej na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 200 000 PLN.

Warto zwrócić uwagę, że możliwość żądania opłaconej polisy wynika wprost z przepisów prawa, tj. 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], z którego wynika, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp 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. Chodzi tu zatem o polisę czy też inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, który dotyczy sytuacji wykonawcy aktualnej na dzień składania ofert. Na podstawie tego przepisu nie można natomiast żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających ubezpieczenie w okresach przyszłych. Zamawiający może natomiast żądać od wybranego wykonawcy przedłożenia takiego dokumentu w momencie podpisywania umowy, a stosowny wymóg co do tego wprowadzić w specyfikacji w ramach istotnych dla stron postanowień umowy, co też miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący składając wraz z ofertą polisę OC na łączną sumę gwarancyjną 100 000 zł wraz ze zobowiązaniem do podniesienia wartości ubezpieczenia do kwoty 200 000 zł, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, którym było posiadanie odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, i co miało być oceniane na podstawie dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę przynajmniej 200 000 zł.

Nie sposób twierdzić, tak jak czyni to Odwołujący, że *Istotne dla Stron Postanowienia Umowy* w § 11, przewidują możliwość przedłożenia przedmiotowego dokumentu, dopiero na etapie realizacji umowy, najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy.

Słusznie wskazał Zamawiający, że treść postanowień zawartych w § 11 *Istotnych dla stron postanowień umowy* dotyczy osobnej kwestii konkretnego sposobu zabezpieczenia uzasadnionych interesów Zamawiającego, realizowanego na odrębnym i późniejszym etapie postępowania, tj. na etapie realizacji stosownej umowy.

W wyroku z dnia 24 lutego 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „*Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy*” [sygn. akt: KIO/UZP 161/09, Lex nr 488372].

W ocenie Izby nie było podstaw do twierdzenia, że postanowienia w SIWZ w tym zakresie są niespójne, rozbieżne i, że mogą wprowadzać wykonawców w błąd. Analiza przedmiotowych postanowień prowadzi do wniosku, że Zamawiający wyraźnie wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, żąda przedłożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia na wartość co najmniej 200 000 PLN, który to warunek winien być spełniony na dzień składania ofert, a ponadto wskazał, że na etapie realizacji umowy będzie oczekiwał przedłożenia umów ubezpieczenia z tytułu szkód, które mogą zaistnieć w związku z określonymi zdarzeniami losowymi oraz od odpowiedzialności cywilnej na czas realizacji robót i usług objętych umową.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny, wyraźny i zrozumiały określają zarówno wymaganą minimalną kwotę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, jak i formę i treść (rodzaj) wymaganych dokumentów.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający prawidłowo ocenił, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym wykluczenie tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty należy uznać za w pełni uzasadnione.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: