

WYROK
z dnia 28 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Łacinski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łysomice, ul. Warszawska 8, 87-148 Łysomice**,

przy udziale wykonawcy **Tomasz Brzeziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest, ul. Harfowa 34, 80-298 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz na rzecz Gminy Łysomice, ul. Warszawska 8, 87-148 Łysomice, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Toruniu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający - Gmina Łysomice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych „Rozbudowa szkoły podstawowej w Świerczynach wraz z wyposażeniem”. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w uzasadnieniu „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP z dnia 22 lutego 2012 r., poz. 42735, z późniejszymi zmianami.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o. w Grudziądzu - wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z dnia 6 czerwca 2012 r., o której został zawiadomiony pismem pt. „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty na zadanie w przetargu nieograniczonym pn. Rozbudowa szkoły podstawowej w Świerczynkach wraz z wyposażeniem”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy: 1) art. 25 ust. 1 przez żądanie od wykonawcy dokumentu - polisy OC na realizowany przez zamawiającego obiekt budowlany, podczas gdy wykonawca załączył wymaganą polisę w zakresie odpowiedzialności cywilnej (deliktową i kontraktową) na sumę gwarancyjną 3.000.000 zł, 2) art. 26 ust. 2 ustawy przez żądanie dla Kazimierza Robionka, pracującego w zespole wykonawcy, i pod nadzorem kierownika budowy wykonawcy - dokumentów jak dla podwykonawcy wykonującego samodzielnie określony zakres robót budowlanych.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł o: 1) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, 2) uchylenie decyzji o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego TB INVEST Tomasz Brzeziński, Oddział w Bydgoszczy, jako najkorzystniejszej, 3) uwzględnienie argumentacji odwołującego i uznanie jej za wystarczającą, 4) wybór do realizacji zamówienia publicznego oferty Przedsiębiorstwa Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o. w Grudziądzu.

W uzasadnieniu odwołania podał. Odwołujący złożył ofertę za cenę łączną 2.379.012,71 zł, jako najkorzystniejszą ofertę cenową spośród piętnastu ofert złożonych w postępowaniu. W dniu 11.06.2012 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie wójta Gminy Łysomice o odrzuceniu oferty PUM i wyborze innej oferty. Odwołujący uznał, że decyzja nie jest słuszna, zapadła z naruszeniem przepisów ustawy oraz słusznym interesem strony.

Wskazał, że gdyby, oferta PUM nie została odrzucona, spółka odwołującej zajęłaby z najkorzystniejszą ofertą cenową pierwsze miejsce (przy kryterium oceny: 100% cena) i realizowałaby umowę o roboty budowlane. Podał, że o ile zrozumiałe jest zachowanie zamawiającego względem części wykonawców, których oferty zostały odrzucone z powodu braku uiszczenia wadium, nie sposób jest zrozumieć i podzielić powody, dla których zamawiający odrzucił ofertę odwołującego. Oferta PUM została należycie przygotowana, złożona w odpowiedniej formie i w określonym w SIWZ terminie. W dniu 10.04.2012 r. zamawiający wezwał PUM do przedłożenia polisy OC. W odpowiedzi odwołujący wskazał, że jest to wystarczający dokument na potwierdzenie żadnego warunku. W piśmie tym odwołujący wykazał, że posiada polisę OC do sumy gwarancyjnej 3.000.000 zł i winno to wystarczyć zamawiającemu, aby uznać za spełniony warunek stawiany w SIWZ. Podniósł, że nie sposób jest podzielić argumentacji zamawiającego, zawartej w informacji o odrzuceniu oferty, że skoro nie stać PUM na opłacenie samodzielnie polisy, to wykonawca nie ma wiarygodności finansowej do realizacji zadania określonego zamówieniem publicznym. Wykazał na błędność oraz niedopuszczalność tezy zamawiającego. Odwołujący podał, że rozumie, iż po wyborze oferty, jako najkorzystniejszej - stosownie do § 4 pkt 18 projektu umowy, wykonawca będzie musiał przedstawić polisę OC (odpowiedzialność deliktowa i kontraktowa) na to konkretnie zadanie o wartości 2.000.000 zł.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, aby opłacenie polisy w zakresie OC nastąpiło samodzielnie przez wykonawcę. Nie wymaga tego również Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wydaje się mu, iż w obecnych czasach kryzysu jak najbardziej pożądane jest ograniczanie wszelkich kosztów prowadzonej działalności, tym bardziej, że w tym przypadku nie jest to ze szkodą dla efektów działania wykonawcy. Odwołujący oświadczył, że stać go na samodzielne opłacenie polisy OC od wykonywanej działalności, ale wydatkuje środki pieniężne racjonalnie i tam gdzie nie ma takiego obowiązku - nie wydatkuje ich w nadmiarze. Dodatkowo wskazał, że na dzień składania ofert posiadał aktualne inne dokumenty (*per analogiam* do art. 26 ust. 2c ustawy) potwierdzające sytuację finansową i ekonomiczną. Są to zaświadczenie banku Millenium z 14.03.2012 r. o zdolności kredytowej w wysokości 2.000.000 zł oraz opinia bankowa banku PKO BP (spółka posiada drugi rachunek w tym banku), że PUM ma b. dobrą opinię, jako Klient banku, a jego własne środki na rachunku wyrażają się kwotą sześciocyfrową, tj. co najmniej kwotą 1.000.000 zł.

Odwołujący podał, że nie przewidział dla realizacji robót określonych zamówieniem publicznym - „do pomocy” żadnych podwykonawców, niezrozumiałe więc było, kiedy zamawiający po przedłużeniu okresu związania ofertą o kolejny okres do 60 dni, ponownie zażądał w dniu 09.05.2012 r. od PUM dla jednej z osób umieszczonych w gronie

pracowników, dokumentów jak dla podwykonawcy. Odwołujący wykazywał, że nadzór nad jedną z branż, przez „obcą” osobę nie jest *sensu stricto* podwykonawstwem (por. zał. Nr 8 do SIWZ i w ofercie). Osoba ta załączyła zobowiązanie, że w przypadku wygrania przetargu przez PUM, będzie realizowała albo na podstawie zlecenia lub też na podstawie stosunku pracy, nadzór nad branżą w zakresie, której ma stosowne uprawnienia. Odwołujący uznał, że do zamawiającego nie dotarły żadne argumenty, które podnosił w piśmie odwołujący, nie odniósł się do nich i stwierdził, że odwołujący nie uzupełnił oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy - zarzut dotyczy czynności wykraczających poza przepis art. 180 ust. 2 ustawy oraz z ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że wezwanie w przedmiocie polisy OC wystosował do odwołującego w dniu 10 kwietnia 2012 r., natomiast w przedmiocie dokumentów wymaganych od podmiotu udostępniającego swój zasób odwołującemu (Kazimierz Robionek) w dniu 9 maja 2012 r. Zamawiający podniósł, że od obydwu wskazanych czynności przysługiwało odwołującemu, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy, złożenie pisma informacyjnego do zamawiającego w terminie odpowiednio - do dnia 15 kwietnia 2012 r. i do dnia 14 maja 2012 r. Natomiast nie przysługuje odwołującemu, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy, odwołanie od czynności wskazanych, jako zarzuty odwołania.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie sformułował zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odnosząc się do zarzutu polisy nr 1FO3B750005 stwierdził, że zakres ubezpieczenia nie obejmuje robót budowlanych, tj. działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co jednocześnie stanowi o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu (rozdział 10 pkt 1 ppkt 3 SIWZ). W zakresie braku uzupełnienia przez odwołującego dokumentów dotyczących podmiotu, który miał brać udział w realizacji zamówienia - Studio Projektów Sanitarnych Projwent Robionek, w Grudziądzu, zamawiający był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty tego podmiotu w zakresie niepodlegania wykluczeniu. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt XII Ga 451/12, w którym Sąd podzielił stanowisko, że w przypadku udostępniania potencjału m.in. w zakresie wiedzy i doświadczenia osoby fizycznej udostępniającej samą siebie na podstawie 26 ust. 2b ustawy, wykonawca winien być wezwany do przedłożenia dokumentów podmiotowych tej osoby. Zamawiający powołał się również na orzecznictwo Izby.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego, wykonawca Tomasz Brzeziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest w Gdańsku, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Uczestnik postępowania oświadczył, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania jest zasadna i poparł argumentację przywołaną w uzasadnieniu tej czynności. Wskazał na opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczony w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 2 SIWZ (dysponowanie osobą uprawnioną do kierowania robotami budowlanymi w wybranych specjalnościach) oraz w ppkt 3 (polisa ubezpieczeniowa odpowiedzialności cywilnej). Przedstawił obszernie uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba nie odrzuciła odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy, o co wnosili zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego.

W przedmiocie zachowania terminu do wniesienia odwołania, Izba wzięła pod uwagę następujące ustalenia faktyczne. Zamawiający przesłał odwołującemu faksem w dniu 6 czerwca 2012 r. o godzinie 12.40 zawiadomienie składające się z sześciu stron, o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Numery faksów stron postępowania odwoławczego nie budziły wątpliwości, co do ich zgodności. Czynność została potwierdzona w raporcie transmisji z wynikiem *ok*. W ten sam sposób zostały przesłane zawiadomienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Informacja o rozstrzygnięciu postępowania została zamieszczona na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego. W dniu 8 czerwca 2012 r. (tj. w następnym dniu roboczym z uwagi na fakt, że 7 czerwca 2012 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy), odwołujący przesłał zamawiającemu o godzinie 10.53 faksem pismo, w którym nawiązując do wizyty pracowników odwołującego w dniu 6 czerwca 2012 r. o godzinie 13.00 w siedzibie zamawiającego, zwrócił się z prośbą o informację o etapie i sposobie załatwienia postępowania przetargowego, podając nazwę postępowania nadaną przez zamawiającego. Zamawiający przesłał odwołującemu faksem w tym dniu o godzinie 11.17 wskazane wyżej pismo odwołującego, na którym zamieścił odręczną adnotację o treści: *Informację o wyborze przesłano faksem w dniu 06.06.2012*. Również w dniu 8 czerwca 2012 r. o godzinie 12.10 odwołujący zwrócił się do zamawiającego za pośrednictwem faksu z następującym wnioskiem: *W nawiązaniu do odręcznej informacji na naszym piśmie z dn. 08.06.2012, wobec fizycznego braku faksu, proszę o jego przesłanie za dowodem doręczenia. Nadto stwierdzam, że ponad godzinne oczekiwanie naszych pracowników na umówione spotkanie z Wójtem w dniu 06.08.2012 r., do którego w efekcie nie doszło, mogło się skończyć*

przynajmniej doręczeniem za pokwitowaniem informacji i wyborze oferty. W odpowiedzi na wniosek zamawiający przesłał odwołującemu w tym dniu, za potwierdzeniem odbioru, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, składając pismo w Urzędzie Poczтовым Łysomice. Zawiadomienie wpłynęło do odwołującego w dniu 11 czerwca 2012 r. Odwołujący złożył odwołanie w dniu 11 czerwca 2012 r. w Urzędzie Poczтовым Łysomice, przekazując w tym dniu kopię zamawiającemu. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 14 czerwca 2012 r.

Po wysłuchaniu na posiedzeniu wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zeznań Krzysztofa Suleckiego w charakterze świadka na wskazane wyżej okoliczności, Izba uznała, że wobec wniosku odwołującego o przekazanie faksem zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia, z powodu fizycznego braku faksu z dnia 6 czerwca 2012 r. oraz w następstwie tego wniosku przekazania przez zamawiającego zawiadomienia pisemnie w dniu 8 czerwca 2012 r. i wpływu pisma do odwołującego w dniu 11 czerwca 2012 r., odwołanie wniesione do Prezesa Izby w dniu 14 czerwca 2012 r. jest skuteczne w zakresie terminu do jego wniesienia.

Przepis art. 92 ust. 1 ustawy zobowiązuje zamawiającego do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania, z podaniem odpowiednich danych wskazanych w przepisie oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Z kolei art. 182 ust. 1 ustawy wskazuje terminy do wniesienia odwołania, zróżnicowane w zależności od sposobu przesłania informacji i wartości zamówienia. Zgodnie z pkt 2 tego przepisu, jeżeli informacja została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy (*faksem lub drogą elektroniczną, przy czym każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt jej otrzymania*), termin do wniesienia odwołania, ze względu na wartość zamówienia, wynosi 5 dni, natomiast, jeżeli przesłanie informacji nastąpiło w inny sposób, termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni. Zatem, wobec przesłania odwołującemu informacji pisemnie, po uprzednim wniesieniu zawiadomienia o fizycznym braku faksu i prośby o przesłanie faksu za dowodem doręczenia, w ocenie Izby, należało przyjąć termin do wniesienia odwołania, o którym stanowi przepis art. 182 ust. 1 pkt 2, część druga - 10 dni od dnia przesłania informacji w inny sposób niż określony w art. 27 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego i uczestnika postępowania o zastosowanie przepisu art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy (*termin 5 dni do wniesienia odwołania od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia*), z tego powodu, że okoliczności wskazują na powzięcie przez odwołującego

wiadomości o podstawie wniesienia odwołania już w dniu 6 czerwca 2012 r., uznając, że przepis ust. 3 dotyczy innych czynności niż określone w ust. 1 i 2 art. 182 ustawy, a więc innych niż przesłanie informacji o czynności zamawiającego.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania dotyczącego czynności zamawiającego, od których nie przysługuje odwołanie (art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2), Izba wzięła pod uwagę, że przepisy wskazane w dwóch punktach zarzutów odwołania - art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2 ustawy - dotyczą uprawnienia zamawiającego, co do konstruowania wymagań zamieszczanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Odwołujący powołując się na wskazane przepisy zakwestionował czynności zamawiającego, tj. wezwania do złożenia dokumentów (polisy OC i dokumentów dotyczących Kazimierza Robionka). W konsekwencji odwołujący podważył w odwołaniu czynność odrzucenia jego oferty (co wynika z treści żądań i uzasadnienia odwołania), która była następstwem uprzedniego wykluczenia z postępowania, poprzedzonego wezwaniem do złożenia odpowiednich dokumentów.

Uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy (*ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*), zgodnie z pismem zamawiającego, stanowiło następstwo wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy (*z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu*). Zamawiający podniósł, że odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że odwołanie dotyczy odrzucenia oferty i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłankę wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na uwadze przepis art. 192 ust. 7 ustawy, podniesiony dodatkowo przez uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie (*Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zasadności uznania oferty za odrzuconą i uprzedniego wykluczenia odwołującego z postępowania wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak wymaganych przez zamawiającego dokumentów pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy), oceniając, że do tego sprowadza się istota odwołania. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, nie był przedmiotem rozpoznania. Okoliczności te mogły stanowić przedmiot odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, wniesionego w terminie, o którym stanowi art. 182 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Izba uznała, że zamawiający potwierdził zasadność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy odwołującego w zakresie polisy OC i dokumentów dotyczących Kazimierza Robionka. Zamawiający wymagał na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców polisy OC i zaświadczenia banku oraz na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia wykazania przez wykonawców osób, które będą realizować zamówienie (pkt III. 3. 4), pkt III. 3. 5), pkt III. 4. 1) ogłoszenia o zamówieniu i rozdział 10 pkt 1 ppkt 2, 3 i 4 oraz rozdział 11 pkt 2 ppkt 2, ust. 3 SIWZ). Odwołujący zastosował się, co do zasady, do wymagań zamawiającego załączając do oferty polisę OC oraz zaświadczenie banku (niekwestionowane w postępowaniu), a także wykaz osób wraz ze zobowiązaniem Kazimierza Robionka. Odwołujący wskazał w pkt 1.8 oferty, str. 2, zakres podwykonawstwa, który nie dotyczy przedmiotu odwołania. Na str. 9 oferty odwołujący zamieścił oświadczenie o posiadaniu personelu z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi, m.in. Kazimierza Robionka (załącznik nr 7 do SIWZ - oświadczenie²). W oświadczeniu podał, że Kazimierz Robionek udostępniony jest na podstawie zobowiązania. Ze zobowiązania zamieszczonego str. 10 oferty wynika, że Kazimierz Robionek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Studio Projektów Sanitarnych Projwent Robionek w Grudziądzu, oświadczył, że - *w przypadku pozyskania przez Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o. w Grudziądzu niniejszego zamówienia publicznego zobowiązuję się do jego wykonania na zasadzie określonych niniejszą ofertą przetargową.*

Wobec postanowień SIWZ, rozdział 11, opis zamieszczony pod pkt 3 ppkt 2 (poleganie na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów), zamawiający był zobowiązany do żądania dokumentów podmiotowych osoby biorącej udział w realizacji zamówienia na podstawie załączonego do oferty zobowiązania. Zamawiający wezwał odwołującego (pismo z dnia 9.05.2012 r.) powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy, do przedłożenia dokumentów wskazanych w rozdziale 11 pkt 1 ppkt 1-3 SIWZ oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, dotyczących Firmy Studio Projektów Sanitarnych Projwent Robionek z Grudziądza. Odwołujący złożył (pismo z dnia 10 maja 2012 r.) zobowiązanie Kazimierza Robionka do kierowania określonymi robotami budowlanymi, *w drodze indywidualnego zlecenia lub umowy o pracę* i oświadczenie *o posiadaniu uprawnienia do wykonania określonej działalności, niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o nie podleganiu wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.* Odwołujący składając wskazane zobowiązanie i oświadczenie osoby zmienił status Kazimierza Robionka w zakresie podstawy jego udziału w realizacji zamówienia, z początkowego określenia, jako osoby deklarującej udział na podstawie zobowiązania, na osobę, która będzie pozostawała w bezpośredniej dyspozycji odwołującego, tj. realizowała zamówienie na podstawie zlecenia lub umowy o pracę. W takiej sytuacji oświadczenie Kazimierza Robionka jest bezprzedmiotowe, gdyż odnosi się do osoby, którą wykonawca

dysponuje w sposób bezpośredni. Odwołujący, jako wykonawca, nie złożył oświadczenia o zmianie podstawy dysponowania wskazaną osobą. Przedstawił natomiast stanowisko o podwykonawstwie, co przy treści oferty oraz wezwania zamawiającego, nie jest adekwatne do sytuacji.

W polisie ubezpieczeniowej załączonej do oferty, w części V *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej deliktowej - polisa nr 1PO3B750005*, str. 24 oferty, w bardzo szczegółowym opisie przedmiotu ubezpieczenia, spośród wielu rodzajów działalności, podano *wykonywanie drobnych usług budowlanych*. Ponadto, polisą o wskazanym zakresie i sumie gwarancyjnej w kwocie 3 000 000 zł zostały objęte dwie spółki, odwołujący i spółka PUA, która nie bierze udziału w postępowaniu. Odwołujący nie określił podstawy, na jakiej posługuje się ubezpieczeniem wspólnym z tym podmiotem

Zamawiający wezwał odwołującego (pismo z dnia 10.04.2012 r.), również na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, *do przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN (sł. dwa miliony zł.), ważnej na dzień składania ofert, gdzie jedynym ubezpieczonym z polisy będzie firma PUM - załączona polisa ubezpieczeniowa nie zawiera potwierdzenia ubezpieczenia OC w przedmiocie zamówienia*. Odwołujący złożył pismo z dnia 16 kwietnia 2012 r., w którym wskazał, że złożona polisa, co do kwoty oraz okresu obowiązywania i opłaconej składki spełnia wymagania zamawiającego. Podał, że zamawiający nie określił żadnych innych (przy żądanej polisie) dodatkowych wymogów na wykazanie się przez wykonawcę wiarygodnością finansową i ekonomiczną. Powołał się na orzecznictwo Izby. Wskazał, że w KRS został wpisany oddział pn. zakład robót budowlanych i drogowych, który wykonuje czynności odpowiadające zakresowi przedmiotu zamówienia. Ubezpieczonymi w ramach polisy są dwie spółki - odwołujący i Produkcja Usługi Administracja PUA Sp. z o.o. w Grudziądzu. Każdy z podmiotów jest ubezpieczony do sumy gwarancyjnej 3 000 000 zł. Do wyjaśnień odwołujący załączył stanowisko brokera ubezpieczeniowego, który wskazał, że zakres ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność deliktową i kontraktową w zakresie prowadzonej działalności oraz każdy z ubezpieczonych podmiotów jest ubezpieczony do sumy gwarancyjnej, której nie rozdziela się na ubezpieczone podmioty.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy uznając jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym czynności podał, że odwołujący nie przedstawił na wezwanie żądanych dokumentów. Załączenie do oferty dokumentów dotyczących Kazimierza Robionka odwołujący uzasadnił omyłką. Natomiast w zakresie polisy OC zamawiający uznał, że z uwagi na wspólną polisę z innym podmiotem, odwołujący nie wykazał ubezpieczenia na

wymaganą kwotę 2 000 000 zł. Zamawiający podniósł, że wymagał ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł. Zatem, ubezpieczenie wykonawcy w zakresie odpowiedzialności cywilnej powinno obejmować jego działalność odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, tj. robotom budowlanym o parametrach zbliżonych do robót stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby.

Oceniając powyższe Izba miała na uwadze, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu jest zobowiązany na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (art. 26 ust. 2a ustawy), za pomocą dokumentów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, jako dokumentów i oświadczeń dla niego niezbędnych (art. 25 ust. 1). O tym jaki dokument jest niezbędny, co do zasady, decyduje zamawiający (na podstawie opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP).

W postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zamawiający jest uprawniony do żądania odpowiednich dokumentów w zakresie, w jakim dokonał ich opisu. Wykonawcom przysługują natomiast środki odwoławcze wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od wartości zamówienia.

W razie powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, z mocy art. 26 ust. 2b ustawy lub § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty. Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że *- jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.*

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba stwierdziła, że zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Odwołujący nie zakwestionował, podobnie jak inni wykonawcy, opisu jak też nie zakwestionował w trybie art. 181 ust. 1 ustawy czynności zamawiającego polegających na wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia dokumentów wskazanych w wezwaniach. Wobec załączonych do oferty dokumentów dotyczących Kazimierza Robionka o udostępnieniu odwołującemu swojego zasobu w

zakresie wiedzy i doświadczenia na zasadzie zobowiązania osoby (w świetle postanowień SIWZ wskazuje to na podstawę udostępniania, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy), bez dokumentów wymaganych w SIWZ, zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do złożenia dokumentów dotyczących wymagań podmiotowych wykonawcy, zgodnie z SIWZ i § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący dokonał zmiany podstawy udziału osoby w realizacji zamówienia, z początkowego udostępniania jej na podstawie zobowiązania, na dysponowanie bezpośrednie przez odwołującego. Aczkolwiek, przy zmianie podstawy uczestnictwa osoby w realizacji zamówienia, odwołujący nie złożył oświadczenia o bezpośrednim dysponowaniu osobą, Izba uznała, że fakt ten nie spowodował zmiany oferty odwołującego (stanowisko podnoszone przez zamawiającego), gdyż czynność dotyczyła warunków podmiotowych wykonawcy, a nie zakresu przedmiotowego oferty.

W przedmiocie polisy OC, Izba uznała, że odwołujący był zobowiązany do przedstawienia polisy OC wskazującej zakres i wysokość ubezpieczenia jego działalności. Wspólna polisa z innym podmiotem, który nie jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia ma inne znaczenie na gruncie ustawy i inne na gruncie ubezpieczeniowym. Zgodnie z opisem zawartym w rozdziale 11 pkt 3, ostatni akapit SIWZ, poleganie na zasobach innych podmiotów musiało być udokumentowane w sposób opisany w tej części. Zamawiający wymagał złożenia polisy potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (rozdział 11 pkt 3 ppkt 1 SIWZ), dopuszczając możliwość złożenia polisy wspólnej wyłącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - *Przy składaniu ofert przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawcy mogą złożyć jedną wspólną polisę potwierdzającą, że wszyscy Wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN (słownie: dwa miliony złotych)*. Postanowienia SIWZ jednoznacznie stanowią o ubezpieczeniu wykonawcy składającego ofertę, niewątpliwie więc odwołujący zobowiązany był złożyć polisę dotyczącą samodzielnego ubezpieczenia na wskazaną kwotę i w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający nie wykazał spełnienia tego wymogu w ofercie i na wezwanie zamawiającego.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że ubezpieczenie OC powinni wykazać samodzielnie nawet uczestnicy konsorcjum składający wspólnie ofertę, np. w wyroku dnia 21 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1631/09 i 1643/09 Izba orzekła, że *warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określonej sumę, jako element integralnie związany z indywidualną sytuacją podmiotu, powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum*.

Izba podziela prezentowane stanowisko, że ubezpieczenie OC na etapie składania ofert nie jest ubezpieczeniem kontraktu, który zostanie zawarty w wyniku zakończenia postępowania, lecz potwierdzeniem sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Nie można jednak, wobec szczególnie drobiazgowo opisanego zakresu działalności odwołującego podlegającej ochronie (OC deliktowa i kontraktowa), gdzie spośród wielu jej rodzajów wskazano *wykonywanie drobnych usług budowlanych*, uznać, że zamawiający nie miał racji uznając również, że ubezpieczenie odwołującego, jako podmiotu samodzielnie składającego ofertę, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, nie zostało potwierdzone w wymagany sposób.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał niezasadności żądania przez zamawiającego złożenia odpowiednich dokumentów, nie wykazał też naruszenia przepisów ustawy przez wykluczenie z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą oraz naruszenia w tym kontekście art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2 ustawy.

Wobec nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (polisa OC) w sposób wymagany przez zamawiającego, zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego, nie mógł być uwzględniony.

Na podstawie powyższych ustaleń i dokonanej oceny, Izba oddaliła odwołanie zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: