

Sygn. akt KIO/248/11

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lutego 2011 roku** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" Spółka Akcyjna, ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** od czynności Zamawiającego **Powiatu Kieleckiego, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., Przedsiębiorstwo Budowlane RYSTAL-BUD Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grójecka 5, 00-695 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" Spółka Akcyjna, ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" Spółka Akcyjna, ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy)** przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "DORBUD" Spółka Akcyjna, ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce** na rzecz **Powiatu Kieleckiego, Al. IX Wieków**

**Kielc 3, 25-516 Kielce**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie wyroku sygn. akt KIO/248/11**

W dniu **7 lutego 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (t.j. Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwana dalej „ustawą Pzp”), wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Powiat Kielecki** na *Budowę budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowania terenu*, ogłoszonego w Dz. U. UE Nr 2010/S 175-267187 z dnia 09.09.2010 roku. Specyfikację istotnych warunków zamówienia opublikowano na stronie internetowej <http://www.bip.powiat.kielce.pl>.

Kopia odwołania została Zamawiającemu dostarczona w dniu 7 lutego 2011 roku.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy: Konsorcjum firm: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., 2. Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA, 3. Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal -Bud Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum firm”) oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę, do czego Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiającemu zarzucono, iż dokonał w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm, którą to czynność podjął z naruszeniem następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) i 4) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie w celu wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę - konsorcjum firm dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. polisy OC dla Kompleksowej Realizacji Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podczas gdy powinien zastosować tryb wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,

4. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty, której treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty wykonawcy - konsorcjum firm, ubiegającego się o niniejsze zamówienie, która to oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
6. oraz innych przepisów wskazanych w odwołaniu lub z niego wynikających.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm, wykluczenie i w konsekwencji odrzućenie wykonawcy - konsorcjum firm z przedmiotowego postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem wniosków, o których mowa w pkt 2 lit. b), i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a także zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący powziął informację o czynności Zamawiającego dnia 28 stycznia 2011 roku wskutek doręczenia przez Zamawiającego faksem pisma - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazywano, iż zawiadomieniem o wyborze oferty z dnia 13.12.2010 roku Zamawiający rozstrzygnął po raz pierwszy prowadzone postępowanie przetargowe w ten sposób, iż wykluczył z postępowania ofertę złożoną przez wykonawcę - konsorcjum firm ponieważ przedłożony przez wykonawcę dokument nie potwierdzał wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej jak wymagał tego § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w wysokości wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ, a także ponieważ przedłożony przez wykonawcę dokument mający stanowić zaświadczenie o stanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z Kasy Głównej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Hiszpanii z dnia 14.10.2010 roku nie mógł być uznany, gdyż nie został wystawiony przez właściwy urząd i stanowi dokument prywatny. Taki dokument nie korzysta z domniemania prawdziwości tego co zostało w nim stwierdzone. W konsekwencji Zamawiający uznał, że złożony dokument, odpowiada wymaganiom § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia i nie pozwala na stwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. W związku z tym Wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę Odwołującego - Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowego DORBUD SA z siedzibą w Kielcach.

Od powyższego rozstrzygnięcia Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały złożone 2 odwołania, w tym również przez wykonawcę obecnie wybranego. Wyrokiem z dnia 7 stycznia 2011 roku, (sygn. akt. KIO 2745/10, KIO 2762/10)

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” SA z siedzibą w Jędrzejowie, sygn. akt. KIO 2745/10 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała dokonanie ponownych czynności badania, oceny i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowego DORBUD SA do złożenia dokumentu potwierdzającego, że roboty wykazane w załączniku nr 5 poz. 2 dokumentacji oferty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a także uwzględniła odwołanie złożone przez Wykonawcę - konsorcjum firm i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności: wykluczenia z postępowania oraz czynności odrzucenia tegoż wykonawcy oraz nakazała dokonanie ponownych czynności badania, oceny i wyboru oferty z udziałem oferty tego Wykonawcy.

Pismem datowanym na dzień 24.01.2011 roku Zamawiający wezwał wykonawcę - konsorcjum firm, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczącej treści złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedłożona polisa OC dla firmy Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która jest liderem Konsorcjum, na stronie trzeciej, zawiera klauzulę o następującym brzmieniu: „W przypadku roszczenia skierowanego do grupy współwykonawców, do której należy Ubezpieczony albo jego podwykonawca odpowiedzialność Generali ograniczona jest odpowiednio do procentowego udziału Ubezpieczonego w grupie ”. Ponadto

pismem datowanym na dzień 24.01.2011 roku Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy: Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowego DORBUD SA z siedzibą w Kielcach o przedłożenie właściwego dokumentu referencji, sporządzonego w imieniu inwestora przez osobę do tego upoważnioną.

Pismem datowanym na dzień 25.01.2011 roku wykonawca - konsorcjum firm przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Jednocześnie niezależnie od przedstawionych wyjaśnień, wykonawca wskazał, iż: „uprzedzając wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Wykonawca dołącza do niniejszego wyjaśnienia polisy ubezpieczeniowe spółek Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA z siedzibą w Santander oraz Przedsiębiorstwa Budowlanego Rystal - Bud sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach wraz z dowodem ich opłacenia celem wykazania, iż w dacie upływu terminu składania ofert, wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie ”. Pismem datowanym na dzień 26.01.2011 roku Wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowlano - usługowe DORBUD SA z siedziba w Kielcach przedłożyło również stosowne dokumenty.

W dniu 28.01.2011 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę - konsorcjum firm. W uzasadnieniu swojego wyboru Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten spełnia wymagania ustawy Pzp i warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz ofertuje realizację zamówienia za najniższą cenę ryczałtową brutto: 39 263 084,67 zł i w konsekwencji przyznał maksymalną liczbę punktów 100, w kryterium - cena z wagą 100%.

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wskazanych na wstępie odwołania przepisów ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wybrany przez Zamawiającego wybrany wykonawca - konsorcjum firm, powinien być wykluczony z przedmiotowego postępowania z tego powodu, iż nie spełnia on warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nadto, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

**Zarzut w zakresie oceny dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.**

W rozdziale V ust. 1 pkt 4) podpunkt drugi SIWZ, Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, spełniają warunki dotyczące: „4) sytuacji ekonomicznej i finansowej, wykonawcy muszą wykazać, że:

- posiadają polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości sumy ubezpieczenia nie mniejszej niż 20 000 000 zł. Jeżeli wartości zostaną podane w walutach innych niż PLN, Zamawiający dla sprawdzenia spełnienia warunku, przyjmie średni kurs PLN do tej waluty podawany przez NBP na dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. "

Stosownie do zapisów rozdziału IV ust. 1 pkt 1.6) SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca złożył: „1.6. opłaconą polisą, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia "

Na dowód spełniania tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca - konsorcjum firm, przedłożył następujące dokumenty:

1. Polisę OC dla firmy Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na sumę ubezpieczenia 20 000 000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia, z tym zastrzeżeniem, iż: „w przypadku roszczenia skierowanego do grupy współwykonawców, do której należy Ubezpieczony albo jego podwykonawca odpowiedzialność

*Generali ograniczona jest odpowiednio do procentowego udziału Ubezpieczonego w grupie"* (str. 3 § 3), wraz z potwierdzeniem przelewu z dnia 08.07.2010 roku,

2. Zaświadczenie o ubezpieczeniu firmy Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA od Odpowiedzialności Cywilnej, Numer Polisy EA08CP1096, (w wersji hiszpańskiej wraz z jej tłumaczeniem na język polski) w którym:

2.1 brak jest zapisu dotyczącej wartości sumy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, natomiast znajduje się szereg limitów odszkodowań, takich jak, w szczególności: odpowiedzialność cywilna: 300 000 euro za szkodę, tj. 1 182 630,00 PLN. Zgodnie zaś z udziałem w Konsorcjum firma Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA powinna dysponować polisą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej związanej z działalnością gospodarczą na kwotę równą 2 000 000 PLN (udział w Konsorcjum wynosi bowiem 10%). Suma polisy OC jest zatem niewystarczająca.

2.2 wbrew twierdzeniu wykonawcy przedłożony dokument nie stanowi polisy, lecz ma charakter informacyjny, co zresztą jednoznacznie zostało wskazane w treści samego zaświadczenia „*Niniejsze zaświadczenie ma charakter informacyjny i nie stanowi rozszerzenia ani zmiany warunków polisy określających prawa i obowiązku ubezpieczyciela oraz ubezpieczonego*”. W konsekwencji dokument mający jedynie walor informacyjny, nie może być uznany za dokument zawarcie umowy OC, zgodnie z zapisami SIWZ.

2.3 dokumenty zatytułowane: Polisa ubezpieczeniowa Generalna Umowa od odpowiedzialności cywilnej, Warunki szczególne, Zakres odszkodowań stanowią jedynie „suplement wydany w celu zaświadczenia”, że polisa została odnowiona na następujących warunkach: przy czym został określony jedynie termin obowiązywania polisy oraz limity odszkodowań, w tym w szczególności odpowiedzialność cywilna na wartość 300 000 euro za szkodę.

2.4 w treści zaświadczenia brak jest również kluczowej informacji w zakresie zasięgu terytorialnego obowiązywania polisy. Z przedłożonego dokumentu nie wynika, czy polisa firmy Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA od Odpowiedzialności Cywilnej, nr EA08CP1096 obowiązuje tylko na terytorium Hiszpanii, czy również poza terytorium Hiszpanii i obejmuje terytorium RP, na którym przedmiot zamówienia będzie realizowany i może zaistnieć szkoda. (W polisie firmy Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (str. 2/3 Klauzula 12.1) znajduje się zapis o odpowiedzialności za szkody powstałe poza terytorium RP z której bezspornie wynika, iż Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach jest ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej tylko na terytorium RP.) Odwołujący podkreślał, iż bezspornym jest, że przedmiot zamówienia realizowany będzie

na terytorium RP i Zamawiający wymagał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

2.5 wykonawca jako dowód opłaty polisy załączył skierowane do banku zlecenie przelewu na kwotę 25 210,63 euro, nie załączył jednakże potwierdzenia banku, że niniejszy przelew został zrealizowany.

Zgodnie z SIWZ oraz Rozporządzeniem o dokumentach, wykonawca był zobligowany złożyć „opłaconą polisą”. W analizowanym przypadku wprawdzie załączono dokument zatytułowany *Potwierdzenie Przelewu*, jednak istnieją obiektywne zastrzeżenia, co do treści tego dokumentu. Z *Potwierdzenia Przelewu* (taki tytuł wskazano w tłumaczeniu tego dokumentu sporządzonym przez Konsorcjum) wynika, iż pochodzi ono z dnia 22 marca 2010 roku (prawy dolny róg oryginału i tłumaczenia Konsorcjum). Z treści dokumentu można wywnioskować, iż przelew został zlecony dnia 22 marca 2010 roku, co także uwidocznione jest w treści *Potwierdzenia Przelewu*. Ponadto, na *Potwierdzeniu Przelewu* zawarto sformułowanie „Szanowni Państwo, przelew zlecony wg. wyznaczonej wartości” Należy podkreślić, że z powyższych uwag nie wynika, aby przedmiotowy przelew został ostatecznie wykonany. Treść *Potwierdzenia Przelewu* nie wyklucza sytuacji, w której przelew ostatecznie nie doszedł do skutku. Wynika to z faktu, iż data zlecenia przelewu jest zgodna z datą wytworzenia tego dokumentu. Ponadto sformułowanie, że został zlecony przelew według wyznaczonej wartości nie potwierdza, aby ten dokument stanowił dowód dokonania przelewu, lecz jedynie złożenia dyspozycji w tym zakresie. W związku z tymi okolicznościami, istnieją poważne wątpliwości, czy dokumenty przedstawione przez konsorcjum firm potwierdzają, iż Polisa była należycie opłacona.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący dodatkowo podnosił, iż z tłumaczenia zlecenia przelewu przedłożonego przez wykonawcę konsorcjum firm wynikało, iż zlecenie przelewu zostało wystawione na Beneficjenta: WILLIS IBERIA TOWARZYSTWO UBEZPIECZENIOWE. Z zaświadczenia o ubezpieczeniu, o którym mowa powyżej, jednoznacznie zaś wynika, iż Ubezpieczycielem, który ubezpiecza Wykonawcę Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA w zakresie OC i na którą to polisę powołuje się wykonawca jest Towarzystwo Ubezpieczeniowe CHARTIS EUROPE SA. Powyższe potwierdza, iż z całą pewnością dokumenty są niespójne i w żaden sposób nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania opłaconej polisy OC. Wykonawca przedłożył zaświadczenie o ubezpieczeniu w Towarzystwie CHARTIS EUROPE, zaś zlecenie opłaty polisy na rzecz Beneficjenta WILLIS IBERIA TOWARZYSTWO UBEZPIECZENIOWE.

3. Polisa OC dla firmy Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud Sp. z o.o. na sumę ubezpieczenia w wysokości 3 000 000 PLN na jeden i wszystkie wypadki, płatnej w dwóch



ratach: I rata w terminie do dnia 16.07.2010 roku, II rata – w terminie do dnia 16.12.2010 roku, wraz z potwierdzeniem przelewu I raty z dnia 05.07.2010 roku. Wykonawca nie przedłożył jednakże potwierdzenia opłaty II raty.

Opisane wyżej okoliczności wskazują jednoznacznie, iż złożone przez wybranego wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. że wykonawca posiada polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości sumy ubezpieczenia nie mniejszej niż 20 000 000 zł.

Jednocześnie mając na uwadze, iż przedłożone przez wykonawcę - konsorcjum firm dokumenty budzą uzasadnione i istotne wątpliwości, Zamawiający co najwyżej powinien wezwać do ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, czego jednakże nie uczynił. Jednocześnie Odwołujący zauważył, iż Zamawiający nie ma jednak podstaw prawnych do zastosowania trybu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania posiadania polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości sumy ubezpieczenia nie mniejszej niż 20 000 000 zł, gdyż wykonawca, przy piśmie datowanym na dzień 25.01.2011 roku, już przedmiotowe dokumenty złożył Zamawiającemu, który zapoznał się z ich treścią i na tej podstawie dokonał oceny oferty Wykonawcy. Uzupełnione dokumenty nadal jednak zawierają błędy i w żaden sposób nie potwierdzają spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.

Reasumując, po zapoznaniu się dokumentami załączonymi przez wybranego wykonawcę do jego oferty i uzupełnionymi w wyniku złożonych wyjaśnień, należy jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty.

#### **Zarzut w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.**

Zgodnie z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożonym według z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca - konsorcjum firm, oświadczył, iż spełnia warunki ubiegania się o zamówienie dotyczące w szczególności posiadania wiedzy i doświadczenia, (załącznik Nr 3 do oferty).

W wykazie robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (załącznik nr 5 do oferty) w poz. Nr 1 oświadczył, iż wartość robót brutto w ramach inwestycji pn: „Budowa siedziby głównej Grupy APIA XXI” realizowanej dla

Zamawiającego APIA XXI Inversiones z siedzibą w Santander, wynosiła 17 635 668,02 euro brutto. Do niniejszego wykazu wykonawca załączył także referencję wystawioną z logo spółki APIA XXI Inversiones z siedzibą w Santander podpisaną przez Marcos Pantaleon P. na rzecz Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA. Z przedłożonej referencji wynika, iż całkowity budżet wykonanych prac bez podatku wynosi 15 203 162,09 euro.

Odwołujący podnosił, iż Pan Marcos Pantaleon P. który wystawił i podpisał referencję jest również członkiem Zarządu Spółki: Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA (nazwa skrócona: CORELIA SA), oraz Spółki Kompleksowej Realizacji Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, które to spółki biorą udział w niniejszym postępowaniu jako członkowie wykonawcy Konsorcjum -firm, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż całkowity budżet wykonywanych prac przez Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA w ramach realizacji inwestycji pn: „Budowa siedziby głównej Grupy APIA XXI” realizowanej dla Zamawiającego APIA XXI Inversiones z siedzibą w Santander wynosiła, nie 17 635 668,02 euro brutto, lecz 6 237 510,05 euro. Przedmiotowa informacja niniejsza została zamieszczona, w szczególności na stronach internetowych Biuletynu Grupy APIA XXI, z którego wynika, iż kosztorys wykonawczy i materiałowy przedmiotowej inwestycji wynosił: 6 237 510,05 EURO, zaś powierzchnia zabudowy 4 500m<sup>2</sup>; Spółki Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados SA, z której wynika, iż robót wynosiła: 6 237 510,05 euro; Parku Naukowego i Technologicznego w Kantabrii, na terenie którego realizowana była inwestycja budowy nowej siedziby głównej Grupy APIA XXI, z której wynika, że koszt budynku przekroczył 6 200 000 Euro.

Jednocześnie Odwołujący podnosił, iż wykaz prac zamieszczony w referencji do poz. 1 wykazu robót, wykonanych w ramach zamówienia: pn: „Budowa siedziby głównej Grupy APIA XXI” obejmuje roboty o wartości łącznej 6 475 420,56 euro.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazywał, że wykonawca z całą świadomością złożył nieprawdziwe informacje mające wpływa na wynik prowadzonego postępowania. Oświadczył, iż posiada stosowaną wiedzę i doświadczenie, chociaż nie spełniał warunków udziału w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, czego jednak nie uczynił, czym w konsekwencji naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający również nie wyjaśnił, do czego był zobligowany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy Pan Marcos Pantaleon P. mógł wystawić referencję spółce Construcciones,

Rehabilitaciones y Acabados SA, której był członkiem Zarządu, jak bezspornie wynika z załączonych odpisów KRS.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności wyjaśniających w przypadku zanegowania prawdziwości dokumentów załączonych do ofert (w szczególności wyrok KIO z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 42/07).

**Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.**

Odwołujący podnosił, iż każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne był zobowiązany do starannego przygotowania swojej oferty w sposób uwzględniający wymogi stawiane przez Zamawiającego. Uchybienie temu obowiązkowi przez wybranego wykonawcę - konsorcjum firm, powoduje, że jego oferta jest sprzeczna z warunkami SIWZ i skutkuje odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, Odwołujący zaznaczył, iż posiada go w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest wykonawcą który złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu a czynności Zamawiającego dokonane w trakcie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, uniemożliwiają mu uzyskanie niniejszego zamówienia. Oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego jako druga w rankingu złożonych ofert i w przypadku wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm z postępowania, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego wskazują że to oferta Odwołującego, stanowi ofertę najkorzystniejszą, a dokonanie przez Zamawiającego oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Mając na uwadze podniesiono, iż Odwołujący ma niewątpliwie interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji ma legitymację do wniesienia niniejszego Odwołania.

Okoliczności podnoszone w niniejszym odwołaniu wskazują, iż zarzuty stawiane Zamawiającemu w zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych są zasadne. Mając na uwadze powyższe wniesiono o uwzględnienie odwołania.

W dniu **11 lutego 2011 roku** po postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wybrany w prowadzonym postępowaniu wykonawca konsorcjum firm:

- 1/ Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych sp. z o. o. w Warszawie,
- 2/ Construcciones Rehabilitaciones y Acabados S.A.,
- 3/ Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal-Bud sp. z o. o. w Kielcach

wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz podtrzymanie decyzji Zamawiającego w zakresie uznania oferty wykonawcy zgłaszającego przystąpienie za najkorzystniejszą.

Informacja o wniesieniu odwołania została wykonawcy przekazana w dniu 8 lutego 2011 roku. Kopia przystąpienia została przesłana wykonawcy odwołującemu się oraz Zamawiającemu.

W dniu **15 lutego 2011 roku** Zamawiający przedłożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie.

W odpowiedzi Zamawiający wnosił o :

1. odrzucenie odwołania, w razie nie uwzględnienia zarzutu formalnego,
2. oddalenie odwołania,
3. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazywał na art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp. Z treści odwołania wynika zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum firm. Zarzut ten nie może podlegać merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż na podstawie wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2011 r. (sygn. akt. KIO/2745/10 i KIO/2762/10) Zamawiający został zobowiązany do dokonania wyboru oferty z udziałem oferty konsorcjum. W punkcie II sentencji wyroku, który zapadł po rozpatrzeniu przez KIO odwołania wniesionego przez konsorcjum firm na rozstrzygnięcie Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2010 r., nakazano Zamawiającemu dokonanie ponownych czynności badania, oceny i wyboru oferty z udziałem oferty konsorcjum firm. Tak sformułowana sentencja zobowiązywała Zamawiającego do dokonania względem oferty konsorcjum firm odrębnych czynności, co wyraża się koniunkcją „i”, tj. czynności badania, oceny oferty konsorcjum (art. 87 ustawy Pzp) oraz czynności wyboru oferty z udziałem oferty konsorcjum (art. 91 ustawy Pzp). Wykonanie wyroku oznaczało dla Zamawiającego konieczność dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z udziałem oferty konsorcjum. Takie rozumienie sentencji wyroku znajdowało potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku, w którym KIO stwierdziła, iż zgłoszony w postępowaniu odwoławczym - objętym sprawą KIO/2762/10 - zarzut bezprawności wykluczenia konsorcjum na skutek nie spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomiczno finansowej był zasadny (k. 41 uzasadnienia wyroku zdanie pierwsze w części „Ad. 1”). Taką oceną Zamawiający był związany, nie mógł zatem dokonywać w zakresie art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp innych ustaleń.

Podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechaniu wykluczenia i odrzuceniu oferty konsorcjum na skutek nie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jest spóźniony. Okoliczność, iż Zamawiający uznał, że konsorcjum spełnia ten warunek, znana była Odwołującemu od dnia otrzymania rozstrzygnięcia

z dnia 13 grudnia 2010 r. W tym rozstrzygnięciu Zamawiający wskazywał inne niż brak wiedzy i doświadczenia przesłanki wykluczenia. Odwołujący w zakresie zaniechania czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum z tej przyczyny nie wniósł odwołania w terminie.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania, w przypadku nie podzielenia stanowiska w zakresie odrzucenia odwołania, Zamawiający z ostrożności prawnej podnosił, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie także z przyczyn merytorycznych:

1. Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wyboru oferty dokonał zgodnie z kryterium ceny zawartym w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż przedłożone przez konsorcjum dokumenty na potwierdzenie wymaganej wiedzy i doświadczenia odpowiadały wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.
3. Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, gdyż w wyroku KIO rozstrzygnięto, iż konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Obowiązek wykonania wyroku KIO oznaczał dla Zamawiającego niedopuszczalność dokonywania nowych ustaleń w zakresie tej przesłanki. Ponadto przedłożona przez Konsorcjum Polisa OC dla firmy KRIB na sumę ubezpieczenia 20 mln złotych spełniała wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz potwierdzała posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 20 mln złotych. Istotą tego dokumentu jest wykazanie statusu ubezpieczonego na żądaną kwotę.
4. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, gdyż w toku czynności dokonywanych w trakcie postępowania nie miał podstaw do stwierdzenia, iż konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Posiadana wiedza i doświadczenie Konsorcjum wykazane zostało dokumentami wymaganymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
5. Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż jak wyjaśniono wyżej nie miał wątpliwości co do samych przedłożonych dokumentów lecz czynił wyjaśnienia co do ich treści.
6. Zamawiający nie naruszył art. 82 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż oferta konsorcjum nie pozostawała w sprzeczności z żadnym z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
7. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż w stosunku do wszystkich wykonawców podejmował czynności dozwolone w ustawie Pzp i stawiał wykonawcom te same warunki udziału w postępowaniu oraz dokonywał ich oceny w ten sam sposób.

W dniu **15 i 16 lutego 2011 roku** Odwołujący złożył dodatkowe pisma procesowe wraz z opiniami na temat przedłożonych przez wybrane konsorcjum firm dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej. Wnoszono również o nieuwzględnienie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania odwołując się do treści orzeczenia KIO ze stycznia 2011 roku.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym wykluczenie Przystępującego i odrzucenie jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

W tym zakresie skład orzekający Izby postanowił oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości. Jednakże zarzut dotyczący niespełniania warunku udziału odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy i złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji Izba uznała za spóźniony. Jeżeli Zamawiający dokonując ponownej oceny i badania ofert nie występował w powyższym zakresie o uzupełnienie dokumentów lub wyjaśnienie oferty, okoliczności podnoszone przez Odwołującego znane mu były na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza także zgłoszenie przystąpienia do uprzednio toczącego się postępowania odwoławczego. W tym też zakresie wykonawca odwołujący się mógł i powinien być skorzystać ze środków ochrony prawnej na etapie pierwszego wyboru. Nie znajdują uzasadnienia twierdzenia Odwołującego co do braku interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej ponieważ pierwotnie jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Izba pragnie zauważyć, że oferta

Odwołującego nie była nigdy ofertą z najkorzystniejszą ceną, a dokonano jej wyboru z uwagi na wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, dlatego też chcąc utrzymać swoją pozycję w rankingu, wykonawca Odwołujący się winien był złożyć własne odwołanie jeżeli uważał, że istnieją inne podstawy do wykluczenia wykonawcy, oprócz wskazanych w uzasadnieniu wykluczenia sporządzonym przez Zamawiającego. Wynika to także wprost z uzasadnienia wyroku, który zapadł w niniejszym postępowaniu w dniu 7 stycznia 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2762/11: *„Jeżeli przystępujący uważał, że zamawiający wykluczył wprawdzie odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę, ale nie podał wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, to służyło mu prawo do wniesienia własnego odwołania na zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Z tych względów izba pozostawiła bez rozpoznania dodatkowe zarzuty przystępującego wobec oferty odwołującego przedstawione w piśmie o przystąpieniu.”*

Przywoływane przez Odwołującego w toku posiedzenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 500/10) odnoszące się do braku interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej w momencie uznania oferty za najkorzystniejszą jest zbieżne ze stanowiskiem niniejszego składu orzekającego w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca w pierwszym postępowaniu odwoławczym nie legitymowałby się interesem we wniesieniu środka, gdyby oferta Odwołującego była najtańszą spośród złożonych w postępowaniu i pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą. Interes takiego wykonawcy realizuje się bowiem poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie lub wykluczenie bądź nie ofert i innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty takiego wykonawcy pozostaje neutralne dla tegoż. Jak wskazano powyżej w prowadzonym natomiast postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sytuacja była odwrotna.

Z tych względów Izba postanowiła rozpoznać merytorycznie zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do wykazania zdolności ekonomicznej wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego z uwagi na przeprowadzenie przez Zamawiającego w tym zakresie postępowania wyjaśniającego

i przedstawienie nowych dokumentów, które potwierdzać miały spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

W rozdziale V ust. 4 lit. a) SIWZ Zamawiający określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują środkami lub posiadają zdolność kredytową w kwocie minimum 20 000 000,00 zł oraz posiadają polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości sumy ubezpieczenia nie mniejszej niż 20 000 000,00 zł.

Ocena spełniania tak opisanego warunku nastąpić miała na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów w postaci informacji z banku oraz opłaconej polisy ubezpieczenia według formuły spełnia / nie spełnia.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 1.6 SIWZ wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożyć mieli informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której posiadają rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz 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.

Wraz z ofertą wybrane konsorcjum złożyło dokument polisy o numerze PO/00323124/2010 wystawiony przez Generali Ubezpieczenia na rzecz Lidera konsorcjum – firmę Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. W zakresie ubezpieczonej działalności wskazano realizację projektów budowlanych związanych z wnoszeniem budynków, roboty budowlane związane ze wnoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, roboty związane z budową dróg i autostrad, dróg szynowych i kolei podziemnej, mostów, tuneli, obiektów inżynierii wodnej, lądowej. Suma ubezpieczenia określona została w wysokości 20 000 000,00 zł. Do oferty załączono dowód uiszczenia składki od przedłożonej polisy (potwierdzenie operacji z dnia 8 lipca 2010 roku.)

W wyniku ponownej oceny i badania ofert, wykonawca – konsorcjum firm – wezwany został do złożenia wyjaśnień w zakresie znajdującej się w polisie klauzuli w § 3 dotyczącej ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela w przypadku roszczeń skierowanych do



grupy współwykonawców, do której należy ubezpieczony odnoszącej się do procentowego udziału ubezpieczonego w grupie.

Wykonawca wyjaśnienia w zakresie klauzuli złożył w dniu 25 stycznia 2011 roku i załączył do nich dokumenty ubezpieczeniowe w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pozostałych członków konsorcjum.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.**

**Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie oceny dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.**

**Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

Pierwszą z kwestii wymagających rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było ustalenie, czy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także postanowień SIWZ Przystępujący – wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 20 000 000,00 zł.

Drugą kwestią, o której Izba musiała rozstrzygnąć, była kwestia czy Przystępujący – wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia - wykazali poprzez złożenie dodatkowych dokumentów bez wezwania do ich uzupełnienia ze strony Zamawiającego w momencie składania wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp spełnianie warunku w sposób wymagany i określony przez Zamawiającego, czy też przedłożenie dodatkowych dokumentów nie było konieczne dla wykazania spełniania warunków udziału.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, w takiej zaś sytuacji w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców tych stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Ponadto, w świetle art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle

art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu połączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Jeżeli zatem, po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez Zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, Zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Żądanie od każdego z konsorcjantów spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu w pełnej wysokości prowadziłoby do zwielokrotnienia wymogu nałożonego na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w stosunku do pojedynczego wykonawcy, co zaś prowadziłoby do złamania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pewną odrębnością charakteryzuje się kwestia łączenia potencjału ekonomicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie wymogu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na określonej sumę gwarancyjną, co znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby. Dominująca linia orzecznicza Izby akceptuje stanowisko, zgodnie z którym, jeżeli jeden z konsorcjantów wykaze posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną, to jest to wystarczające do uznania, że całe konsorcjum wykazało spełnienie tak opisanego warunku udziału w postępowaniu (*por. wyrok Izby: z 13.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 993/09, wyrok z dnia 2 września 2009, sygn. akt KIO/UZP 1085/09*).

W orzecznictwie prezentowany był również pogląd, że warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na określonej sumę, jako element integralnie związany z indywidualną sytuacją podmiotu, powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum (*por. wyrok Izby z dnia 21 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1631/09 i 1643/09*). Podobny pogląd reprezentowany był również w części doktryny. *„Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 3), z tym że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum. Podobnie w sytuacji postawienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia*

*od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określoną sumę. Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich.” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2007, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.).*

Jednakże skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być oceniane łącznie. Zaakceptowanie przeciwnego poglądu (który niewątpliwie nie pozbawiony jest celnych argumentów) prowadziłyby do znacznego zwielokrotnienia wymogów postawionych wobec konsorcjum w stosunku do wymogu stawianego wykonawcy ubiegającemu się samodzielnie o udzielenie zamówienia, co jak już zauważono, byłoby nie do pogodzenia z zasadą równości wykonawców wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp. W tej sytuacji należy przyznać prymat wynikającej z samej natury konsorcjum zasadzie łączenia potencjałów, które zawiązywane jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wykazać spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, skład orzekający Izby w pierwszej kolejności uznał, że Zamawiający w SIWZ nie ograniczył wynikającej z art. 23 ustawy Pzp możliwości łącznej oceny spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W zapisach SIWZ dotyczących potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (rozdział VI ust. 6 SIWZ) Zamawiający w sposób wyraźny dopuścił w przypadku składania ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), że warunki mogą być spełnione łącznie przez wszystkich wykonawców lub co najmniej przez jednego z nich.

Analiza wyżej wymienionych postanowień prowadzi do wniosku, że Zamawiający reprezentował pogląd, iż, wystarczyło, aby opisany w SIWZ warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną co najmniej 20 000 000,00 zł spełnił przynajmniej jeden z konsorcjantów, co pozwalałoby uznać, że całe konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaakceptował więc sytuację, w której teoretycznie jeden z konsorcjantów w ogóle nie posiadałby ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Tak więc skoro Zamawiający

dopuszczył w postanowieniach SIWZ taką sytuację, to należało uznać, za dopuszczalną sytuację, w której członkowie konsorcjum Przystępującego złożyli wraz z ofertą jedną polisę potwierdzającą posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną, spełniając tym samym łącznie opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie dopuszczalna była także sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, w ramach których złożono polisy lub inne dokumenty potwierdzające posiadanie ubezpieczenia przez każdego członków konsorcjum w zakresie procentowego udziału każdego z wykonawców gdyby Zamawiający zakwestionował spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazywanego przez jedną polisę złożoną wraz z ofertą. W tej sytuacji Zamawiający może bowiem oczekiwać, że szkoda zostanie pokryta w przypadku zajścia zdarzenia wywołanego przez któregokolwiek z konsorcjantów. W takim stanie faktycznym, w świetle przytoczonych postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła że dopuszczalne było zarówno połączenie potencjałów ekonomicznych dotyczących posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w sposób, jaki uczynili to członkowie konsorcjum Przystępującego, jak też przedłożenie polisy na wymaganą sumę przez jednego członka konsorcjum.

W następnej kolejności Izba pragnie zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane na rozprawie przez Zamawiającego i w jej ocenie złożone przez Przystępującego w ofercie dokumenty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 20 000 000,00 zł.

Zauważyć należy, iż przedłożona wraz z ofertą polisa wskazuje, iż wysokość ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynosi 20 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Klauzula z § 3 Warunków szczególnych polisy obejmuje ograniczenie działania ubezpieczenia w przypadku udziału ubezpieczonego w grupie współwykonawców. W takim przypadku odpowiedzialność ubezpieczyciela ograniczona została do procentowego udziału ubezpieczonego w grupie. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami procentowy udział ubezpieczonego (Lidera konsorcjum) w tym postępowaniu w grupie wynosi 75 %, zatem zdaniem Odwołującego oznacza to, iż ubezpieczyciel będzie odpowiadał do wysokości 15 000 000,00 zł i dlatego wykonawca tym dokumentem nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wskazał także w wyjaśnieniach, że „ograniczenie kwotowe odpowiedzialności ubezpieczyciela odnosi się do relacji zaangażowania w relacjach

poziomych (wykonawca-wykonawca), a nie do pionowych (wykonawca-podwykonawca). Za Zamawiającym zatem Izba stwierdza, że znajdująca się w polisie klauzula odnosząca się do udziału w konsorcjach jest obojętna dla wykazania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przywołać należy tutaj zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawców w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wynikającą wprost z ustawy Pzp. W ocenie składu klauzula ta dotyczy odpowiedzialności ubezpieczyciela w rozliczeniach między wykonawcami biorącymi udział w grupie współwykonawców i dotyczy wysokości kontraktu, nie oznacza natomiast, że Zamawiający nie będzie mógł skorzystać z roszczeń w stosunku do ubezpieczonego w pełnej wysokości wynikającej z polisy.

Ponadto że zgodnie z brzmieniem SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców ubezpieczenia przedmiotu działalności będącego przedmiotem postępowania, a ubezpieczenia prowadzonej działalności w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia. Przystępujący przedstawił polisę z sumą ubezpieczenia na kwotę 20 000 000,00 zł a więc na kwotę wymaganą na dzień upływu terminu składania ofert.

Nawet biorąc pod uwagę argumenty Odwołującego, iż w związku z brzmieniem klauzuli, wysokość ubezpieczenia Lidera konsorcjum wynosi tylko 15 000 000,00 zł, to w wyniku przedłożenia dodatkowych dokumentów, które Izba uznała za prawidłowe, wraz ze złożonymi wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i przyjmując że dwaj pozostali partnerzy konsorcjum wykazali się wartością polis opiewających odpowiednio na 6 000 000,00 euro (CORELIA) oraz 3 000 000,00 zł (Rystal-Bud), to i tak konsorcjum z nadmiarem spełniło warunek określony przez Zamawiającego co do wysokości niezbędnej sumy gwarancyjnej.

Co do zarzutów zgłaszanych odnośnie dokumentów ubezpieczeniowych dla członka konsorcjum Construcciones Rehabilitaciones y Acabados S.A stwierdzono:

Z załączonego do wyjaśnień Zaświadczenia o ubezpieczeniu wynika, iż wysokość ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej wynosi 6 000 000,00 euro. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez Przystępującego na rozprawie odnoszące się do kwestii różnic w tłumaczeniu dokumentów z języka hiszpańskiego.

W kwestii formy i treści przedłożonych dokumentów ubezpieczeniowych, Izba wskazuje, iż dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia może być inny dokument niż polisa jeżeli w momencie składania oferty wykonawca nie posiadał (fizycznie nie dysponował) dokumentem polisy. Powszechną praktyką jest wydawanie zaświadczeń o ubezpieczeniu w ramach grupy kapitałowej dla poszczególnych jej członków. Uprawnionym

działaniem było zatem posłużenie się dokumentem w postaci certyfikatu. Ponadto warto zauważyć, iż „Zaświadczenie o ubezpieczeniu” nie zawiera informacji sprzecznych w stosunku do treści dokumentu zatytułowanego „Polisa ubezpieczeniowa – generalna umowa od odpowiedzialności cywilnej, niniejsza umowa podlega pod warunki ogólne, specjalne, szczególne, i suplementy oraz załączniki oraz pod obowiązujące prawo z zakresu ubezpieczeń”, który został załączony w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski do wyjaśnień z 25 stycznia 2011 roku razem z zaświadczeniem. Oba te dokumenty zawierają tożsame dane w zakresie wysokości limitów odszkodowań.

W zakresie niewynikania z przedłożonych dokumentów zasięgu terytorialnego polisy dla członka konsorcjum Construcciones Rehabilitaciones y Acabados S.A po pierwsze należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił kontrdowodu, że ubezpieczenie nie obowiązuje na terytorium RP, a także że Przystępujący nie był ubezpieczeniem objęty w terminie składania ofert. Nie można więc stwierdzić, że ubezpieczenie na terytorium RP nie obowiązuje czy też, że nie obejmowało Przystępującego w dacie składania ofert. Po drugie SIWZ nie zawierała w zakresie zasięgu terytorialnego żadnych szczególnych wymagań. Ponadto, jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, przedkładając polisę należało wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Realizacji roszczeń z tytułu zaistniałej szkody w zakresie przedmiotu zamówienia służy zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie zaś polisa załączona na potwierdzenie spełniania warunków do oferty wykonawcy.

W zakresie niewynikania z przedłożonych dokumentów faktu opłacenia polisy (załączenie jedynie potwierdzenia zlecenia przelewu nie zaś jego wykonania) dla członka konsorcjum Construcciones Rehabilitaciones y Acabados S.A należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił dowodu, że odpowiednia składka nie została zapłacona, tj. nie dotarła do ubezpieczyciela i ubezpieczenie nie rozpoczęło biegu. Ponadto przekonujące są wyjaśnienia Przystępującego złożone na rozprawie, iż przelewu na konto odpowiedniego towarzystwa ubezpieczeniowego dokonywał broker (praktyka powszechna). Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, z załączonych do wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2011 roku dokumentów wynika, iż polisę opłacono gotówką przez oddział Willis Iberia S.A. a więc przez wymienionego wyżej brokera, którego dane znajdują się również na poleceniu przelewu.

Co do zarzutów zgłaszanych odnośnie dokumentów ubezpieczeniowych dla członka konsorcjum Rystal-Bud Sp. z o.o., za Przystępującym Izba pragnie podkreślić, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie, czy też składanych w wyniku wyjaśnień. Skoro zatem w dacie składania ofert (18 października

2010 roku) członek konsorcjum nie był zobowiązany do zapłaty drugiej raty składki ubezpieczeniowej z tytułu posiadanej polisy ubezpieczeniowej, a niewątpliwie wynika to ze złożonej polisy ubezpieczeniowej, która określa obowiązek zapłaty drugiej raty na dzień 16 grudnia 2010 roku, tym samym nie był zobowiązany do złożenia dowodu uiszczenia zapłaty drugiej raty składki w momencie składania wyjaśnień, które potwierdzić miały spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zdaniem Izby jest to więc „opłacona polisa” w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał Zamawiający, a więc i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę.

Skład orzekający Izby odnosząc się zatem do zarzutów i stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu i żądając w tym zakresie określonego dokumentu wymagał, aby dokument potwierdzał ubezpieczenie wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20 000 000,00 zł, nie ograniczając jednocześnie konieczności spełniania tego warunku przy jakiś dodatkowych obostrzeniach. Izba ustaliła, że polisy obejmują ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, a zatem Przystępujący wykazał, że dysponuje ubezpieczeniem w wymaganym zakresie. Ubezpieczenie od odpowiedzialności świadczy jedynie o potencjalnych możliwościach finansowych wykonawcy i nie oznacza, że z całej kwoty Zamawiający będzie mógł skorzystać, bo może zdarzyć się i tak, że ubezpieczyciel ze wskazanej kwoty będzie zmuszony wypłacić odszkodowanie na rzecz jednego lub nawet kilku podmiotów. Nie jest tutaj bowiem wymagane ubezpieczenie konkretnej inwestycji, a wyłącznie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego podczas oceny ofert była prawidłowa i wykonawca ten nie powinien być z tego powodu wykluczony z udziału w postępowaniu.

### **Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.**

#### **Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.**

Prawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego właściwszym do wezwania do złożenia wyjaśnień jest tryb przewidziany w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Niewątpliwie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest polisa potwierdzająca posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Jednakże, jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie naruszył on art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie miał wątpliwości co do samych przedłożonych dokumentów lecz czynił wyjaśnienia co do ich treści. Na gruncie brzmienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest to w pełni działalnie uprawnione. W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty. Jedynym obostrzeniem wynikającym z tego przepisu jest zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. Jak wskazano powyżej polisa jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu ale stanowi również treść samej oferty. W prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym Izba nie dopatrzyła się elementów prowadzenia między Zamawiającym a wzywaniem wykonawcą negocjacji czy też dokonywania niedopuszczalnych zmian w treści oferty. Wyjaśnieniu polegała klauzula znajdująca się w przedłożonej wraz z ofertą polisie ubezpieczeniowej, której brzmienie i sens chciał wyjaśnić Zamawiający nie mający wątpliwości co do samego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego nie jest to działanie niedopuszczalne.

Nawet jeżeli przyjąć by, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień powołując się na nieprawidłową podstawę prawną, to wykonawca wezwany nie może ponosić negatywnych konsekwencji spowodowanych działaniem Zamawiającego. Warto również wskazać, że wykonawca z własnej inicjatywy złożył dodatkowe dokumenty, a zatem pośrednio skorzystał z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W tym zakresie niewątpliwie prawdziwa i słuszna jest argumentacja Odwołującego, że w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający nie mógłby już skorzystać z instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów i ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ustawy Pzp ponieważ wykonawca posiadałby dwukrotną możliwość naprawienia niedoskonałości w złożonej ofercie, to zaś doprowadziłoby do złamania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.



**Zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.**

Izba nie mogła uwzględnić powyższego zarzutu ponieważ Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wyjaśnił w jaki sposób Zamawiający naruszył art. 82 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Nie wskazano powodów, dla których ofertę konsorcjum należało odrzucić jakoby jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Nie wskazano postanowień SIWZ, w związku z którymi treść oferty pozostawała w sprzeczności.

Na marginesie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego na rozprawie przez Odwołującego, że składanie i przedstawianie nowych argumentów na rozprawie przed KIO jest spóźnione i dokumenty przedłożone przez Przystępującego nie mogłyby być wzięte pod uwagę jako nowy materiał dowodowy. Termin na złożenie wyjaśnień oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania i umożliwić mu ocenę oferty pod względem zadecydowania czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu. Z tego względu przedkładanie na taką okoliczność dodatkowych dowodów na etapie rozprawy nie jest działaniem wskazanym

W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wskazanym w odwołaniu, które pozwoliłoby na uwzględnienie odwołania i z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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), tj. stosownie do wyniku postępowania zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł

**Przewodniczący:**

.....