

**WYROK**

**z dnia 26 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2012 r.

przez wykonawcę: **Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, 41-933 Bytom, ul. Władysława Łokietka 4**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez: **Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Jaworznie, 43-600 Jaworzno, ul. Północna 9b**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia** oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Jaworznie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego: Miejskiego Zarządu Nieruchomości**

**Komunalnych w Jaworznie** na rzecz **odwołującego: Jacka Wieczorka Zakładu Usługowego Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## U z a s a d n i e

Zamawiający – Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Jaworznie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Koszenie i pielęgnacja terenów zielonych stanowiących własność gminy Jaworzno, niepozostających w utrzymaniu innych podmiotów, oraz utrzymanie zieleni przydrożnej w pasach drogowych na drogach gminnych i powiatowych w Jaworznie – w 2012 r.* (oznaczenie sprawy: MZNK.DZP.2510.5.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S\_74-122286, w tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.mznk.jaworzno.pl](http://www.mznk.jaworzno.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 707.437,24 zł, co stanowi równowartość 175.996,93 euro.

4 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Jackowi Wieczorkowi Zakładowi Usługowemu Konserwacji Terenów Zielonych – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a także o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami w oparciu o art. 46 ust. 4a pzp.

14 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 4 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści s.i.w.z.

## Sygn. akt KIO 1243/12

3. Art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 8 ust. 1 – przez niepodanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.
4. Art. 46 ust. 4a – przez zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, pomimo że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, złożył dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.
6. Naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania. Na rozprawie Odwołujący sprecyzował, że chodzi tu o naruszenie art. 26 ust. 2c oraz art. 813 kodeksu cywilnego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie jako oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnienia czynności uznania oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą.
3. Unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego.
4. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty wskazując w następujący sposób okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

### Odnośnie wykluczenia z postępowania:

Odwołujący załączył do oferty polisę ubezpieczenia wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., której przedmiot i zakres ubezpieczenia obejmuje m.in. ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z włączeniem OC za produkt, a suma ubezpieczenia wynosi 3.000.000,00 zł. Z uwagi na fakt, że pierwsza rata składki ubezpieczeniowej nie była w dniu składania ofert wymagalna, Odwołujący dokonał płatności pierwszej raty 1 czerwca 2012 r. (termin płatności I raty został wyznaczony na 1 czerwca 2012 r., zaś termin składania ofert na 24 maja 2012 r.). Była to kontynuacja wcześniejszej polisy o numerze 901000645540, a ze względu na warunki kontraktowe opłacenie polisy nie było warunkiem objęcia

Odwołującego ochroną ubezpieczeniową. Brak możliwości przedstawienia Zamawiającemu opłaconej polisy uprawniał Odwołującego do przedstawienia innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej. W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący przedłożył certyfikat, w którym ubezpieczyciel potwierdził, że zawarł z Odwołującym umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z włączeniem OC za produkt, potwierdzoną polisą nr 901006564119 z 17 maja 2012 r., z okresem ubezpieczenia od 21 maja 2012 r. do 20 maja 2013 r.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U z 2009 r. nr 226 poz. 1817; zwanego dalej również *rozporządzeniem w sprawie dokumentów*) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca może załączyć *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*. Również akt nadrzędny w stosunku do rozporządzenia, tj. ustawa pzp w art. 26 ust. 2c, wskazuje, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku.

Certyfikat przedłożony przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów niewątpliwie stanowi *inny dokument potwierdzający, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*. Certyfikat ten jest zatem dokumentem wystarczającym do potwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunku postawionego przez Zamawiającego, a jego złożenie jest dopuszczalne w sytuacji braku możliwości złożenia opłaconej polisy OC, a co za tym idzie nie jest konieczne przedłożenie dowodu jego opłaty. Tym samym wykluczenie Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp było działaniem bezpodstawnym.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby:

Wyrok z 23 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 315/12): *Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 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 ma dołączyć do oferty opłaconą polisą, a w*

*przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w określonym zakresie. Również na podstawie art. 26 ust. 2c Pzp wykonawca może przedstawić – w przypadku zaistnienia uzasadnionych przyczyn – inny dokument w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Dokument ten musi w wystarczający sposób potwierdzać spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W świetle tych przepisów certyfikat (str. 314 oferty) jest innym dokumentem potwierdzającym posiadanie ubezpieczenia, a oświadczenie (str. 315) jest umotywowaniem zaistnienia przyczyny uzasadniającej możliwość dołączenia do oferty innego dokumentu. W związku z tym wykonawca wykazał spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. (...) Jednak prawodawca dopuścił w § 1 ust. 1 pkt 10 przytaczanego rozporządzenia, w przypadku braku opłaconej polisy, możliwość żądania przez zamawiającego innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Również taka możliwość, wykazania spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, w przypadku zaistnienia uzasadnionej przyczyny, jest określona w art. 26 ust. 2c Pzp. Właśnie ze względu na możliwość wystąpienia sytuacji czy dokumentów nieprzewidzianych w przytaczanym 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, w ustawie znajduje się przepis art. 26 ust. 2c Pzp. Przepis ten z kolei daje uprawnienie wykonawcom do złożenia innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Wobec potwierdzenia w ofercie w wystarczający sposób spełnienia warunku przez wykonawcę, zamawiający nie miał prawa żądać uzupełnienia dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.*

*Wyrok z 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 19/11): Odwołujący się wraz z ofertą złożył polisę z dnia 18 listopada 2010 roku, niemniej jednak nie wykazał, że polisa ta została opłacona. Oznacza to, iż nie złożył żadnego z wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nie złożył bowiem ani opłaconej polisy, ani innego dokumentu potwierdzającego fakt objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej. W tej sytuacji zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winien był wezwać odwołującego się do uzupełnienia bądź dokumentu potwierdzającego, że załączona do oferty polisa została opłacona, bądź też innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej. Z pisma z dnia 23 grudnia 2010 roku wynika, że zamawiający*

wezwał odwołującego się wyłącznie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że załączona do oferty Polisa Seria OCM Nr 0070036 została opłacona. Tym samym odwołujący się nie miał możliwości wykazania za pomocą innego niż opłacona polisa dokumentu, iż spełnia postawiony przez zamawiającego warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zwrócić należy uwagę, iż co do zasady wykonawca nie może uzupełniać brakujących w ofercie dokumentów samodzielnie, nie w wyniku wezwania zamawiającego. Zamawiający nie wzywając do uzupełnienia wszystkich brakujących dokumentów pozbawia wykonawcę skorzystania z przysługującego mu uprawnienia do uzupełnienia jego oferty, które to uprawnienie wynika z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący się załączył do odwołania zawiadomienie z dnia 3 stycznia 2011 roku wystawione przez Inspektorat PZU SA w Legionowie, potwierdzające, iż odwołujący się posiada wymagane ubezpieczenie.

Odnośnie wykłuczenia z postępowania:

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający podał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią s.i.w.z. Zamawiający nie podał jednak żadnego uzasadnienia faktycznego. Brak uzasadnienia faktycznego pozbawił Odwołującego możliwości oceny poprawności podjętych przez Zamawiającego decyzji i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania. Zaniechanie podania przez Zamawiającego takiego uzasadnienia faktycznego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 8 ust. 1 pzp.

Za reprezentatywne w powyższym zakresie należy uznać następujące wyroki Izby:

Wyrok z dnia 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11): *Izba stanęła na stanowisku, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy Pzp przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku przetargu, podał*

*jedynie podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Za uzasadnienie faktyczne zdecydowanie nie można uznać wskazania, że przyczyną odrzucenia oferty było zastosowanie błędnej stawki podatku VAT, Zamawiający nie podał bowiem zakresu elementów przedmiotu zamówienia, których cena została obliczona jego zdaniem z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku, nie wskazał, jaka stawka jest prawidłowa i nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swojej tezy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11) uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Teza przedstawiona w uzasadnieniu ww. wyroku w pełni odnosi się również do czynności odrzucenia oferty.*

*Wyrok z 30 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1503/10): Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, powyższy obowiązek zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. W ocenie Izby trudno nazwać uzasadnieniem treść powiadomienia jaką wystosował zamawiający do odwołującego w dniu 12 lipca 2010 r. Za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty nie można bowiem poczytywać przytoczenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, konkretną część kosztorysu ofertowego lub pozycje kosztorysu ofertowego, które, jego zdaniem, zostały przez wykonawcę źle skalkulowane, zawierają błędy w obliczeniu ceny. Tylko takie wskazanie Zamawiającego mogło umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty, w szczególności określenia rodzaju popełnionej omyłki i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Tylko takie bowiem wskazanie Zamawiającego stwarza wykonawcy możliwość ewentualnego*



*odniesienia się do kwestii możliwości poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy.*

*Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1066/10): Czynność opisana w art. 92 ustawy stanowi obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego. Obowiązek zawiadomienia wykonawców wywodzi się z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku wykonawców wykluczonych z postępowania lub wykonawców których oferty zostały odrzucone w postępowaniu zawiadomienie o wyniku postępowania związane jest nierozzerwalnie z możliwością skorzystania przez tych wykonawców z zagwarantowanych ustawowo środków ochrony prawnej. Tak więc niedopuszczalne a zarazem niezgodne z zasadami ustawy jest niestosowanie lub jedynie częściowe stosowanie regulacji art. 92 ustawy. Brak wypełnienia lub jedynie częściowe wypełnienie przez Zamawiającego regulacji art. 92 ustawy narusza wyartykułowaną w art. 7 ust 1 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także zasadę udzielania zamówień publicznych wykonawcy wybranemu. Zgodnie z przepisami ustawy wskazaną w art. 7 ust 3 ustawy. Jednocześnie działanie Zamawiającego narusza również zasadę zgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych postępowania Zamawiającego w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego.*

Oдноśnie zatrzymania wadium:

*Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że zatrzymuje Odwołującemu wadium wraz z odsetkami w oparciu o art. 46 ust. 4a pzp ponieważ na wezwanie nie złożył Pan dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 46 ust. 4a pzp Zamawiający zatrzymuje wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictwa, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 28 maja 2012 r. złożył wszystkie brakujące dokumenty niezbędne do wykazanie braku podstaw do wykluczenia go z postępowania – zgodnie z pzp, rozporządzeniem oraz s.i.w.z. Brak było zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a co za tym idzie Zamawiający nie był uprawniony do zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium.*

*Z ostrożności należy jednak wskazać, że sankcja zatrzymania wadium przewidziana w art. 46 ust. 4a pzp znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży dokumentów wskazanych w rozporządzeniu. Przesłanki zatrzymania wadium nie stanowi natomiast sytuacja, w której wykonawca przedkłada wymagane przez zamawiającego dokumenty, które nie potwierdzają spełniania*

warunku udziału w postępowaniu. Tylko niezłożenie dokumentów, nie czyni zadość wezwaniu i uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium. Wobec tego, nawet gdyby uznać, iż dokumenty przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie nie potwierdzają spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, to brak było podstaw do zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium w oparciu o przepis art. 46 ust. 4a pzp, gdyż dokumenty te zostały *fizycznie* przez Odwołującego uzupełnione, a tylko ich fizyczny brak mógłby stanowić podstawę do zatrzymania wadium.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby:

Wyrok z 24 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 306/12): *Przy braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający nie był również uprawniony do zatrzymania wadium tego wykonawcy na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Odwołując się do orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 03.02.2011 r., sygn. akt XIX Ga 545/10, należy wskazać, iż sankcja zatrzymania wadium znajduje zastosowanie, tylko wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie złożył dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów Z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605). Izba podziela wywody zaprezentowane w uzasadnieniu tego wyroku, w którym wskazano, iż tylko nie złożenie dokumentów nie czyni zadość wezwaniu zamawiającego, uprawniając do zatrzymania wadium, natomiast złożenie dokumentów, które w ocenie zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie stanowi przesłanki do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp*

Wyrok z 6 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2061/11): *Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w sytuacji, kiedy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie złożył wymaganych dokumentów. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku uzupełnienia przedłożył dokumenty, które np. zawierają błąd lub które w wyniku oceny Zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W świetle literalnego brzmienia artykułu 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń (a więc bierność wykonawcy) uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zdaniem Izby, Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu – Odwołujący uzupełnił*

*dokumenty, które pozwalały Zamawiającemu na ocenę, czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zatem nie zachodziła podstawa do zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.*

*Wyrok z 16 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1530/08): Z tych względów Izba stoi na stanowisku, iż w art. 46 ust. 4a Pzp chodzi o brak "fizyczny" dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie takie o brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tego zagadnienia w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4 wynika m.in. z faktu, że inne są przesłanki w tym przepisie i wskazanym powyżej, jak również inny był cel jego wprowadzenia. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp doprowadziłoby bowiem do sytuacji tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami. Biorąc powyższe pod uwagę, jak i mając na uwadze ustalenia względem wcześniejszych zarzutów, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4 a Pzp. Wadliwe przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia złożonej oferty oraz okoliczność złożenia dokumentu, choć w ocenie Zamawiającego nie potwierdzającego spełnianie jednego z warunków nie może skutkować zajęciem wadium wraz z odsetkami.*

*Nadto w przedmiotowej sprawie – nie zaszły okoliczności, które stały się przyczyną wprowadzenia przez ustawodawcę przepisu art. 46 ust. 4a pzp. Przepis ten został wprowadzony nowelą z dnia 4 września 2008 r. (Dz.U.2008.171.1058) w celu przeciwdziałania znikom przetargowym – co wprost wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej. Tymczasem w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca i nigdy nie została przez Zamawiającego nie tylko uprawdopodobniona, ale nawet stwierdzona. Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych przypomina genezę wprowadzenia przez ustawodawcę tego przepisu: Według uzasadnienia z dnia 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a ustawy PZP ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, że zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Celem regulacji zawartej*

*w art. 46 ust. 4a ustawy PZP jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W związku z powyższym przy wykorzystywaniu przedmiotowego przepisu stosowana powinna być wykładnia celowościowa mająca na celu zbadanie, czy wystąpiły znamiona zмовы wykonawców i czy działanie wykonawcy, który nie uzupełnił dokument lub oświadczenia – miało na celu świadome uchylene się od zawarcia umowy. Wynika to również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 15 kwietnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 409/09) Izba podniosła, że art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy. Dlatego też powinien być interpretowany w sposób Zgodny z wykładnią celowościową, a mianowicie z punktu widzenia celu dla którego został wprowadzony, tj. wyłącznie w celu zapobiegania zмовom wykonawców. Także w wyroku z dnia 16 stycznia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1530/08) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: Po pierwsze, Izba zwraca uwagę na okoliczność tego rodzaju, iż wyrowadzony nowelizacją z dnia 04.09.2008 r. przepis, którego naruszenie wskazał Odwołujący w zarzucie ma restrykcyjny charakter i powinien być interpretowany w sposób ścisły. Po drugie, wobec celu, jaki przyświecał Ustawodawcy, tj. przeciwdziałaniu działaniom Wykonawców, którzy dokonywali tzw. „zмовы” celem uzyskania zamówienia publicznego o znacznie wyższej wartości niż faktycznie można było je wykonać, nie bez znaczenia jest kwestia udowodnienia lub też nie, iż wynika to z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy.*

20 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający poinformował, że 15 czerwca 2012 r. przesłał faksem pozostałym wykonawcom pismo powiadamiający o wpłynięciu odwołania wraz z jego kopią.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie nie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

25 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Odnośnie wykluczenia z postępowania Odwołującego:

Ponieważ z treści polisy załączonej do oferty nie wynikało jej opłacenie, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów. W odpowiedzi złożono:

dokument zatytułowany *Certyfikat Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.*, który miał potwierdzać, że Odwołujący się jest objęty ochroną ubezpieczeniową na dzień składania ofert na sumę gwarancyjną 3.000.000 zł, a także *załącznik nr 1 do umowy ubezpieczenia OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z wyłączeniem OC, potwierdzonej polisą nr 901006564119 z dnia 17 maja 2012 r.* Nie został natomiast przedłożony dokument, który stanowiłby dowód, że polisa OC złożona przez Odwołującego w trakcie postępowania była opłacona na dzień składania ofert. Odwołujący sam w odwołaniu podaje, że I rata składki została opłacona dopiero 1 czerwca 2012r., a zatem już po upływie terminu składania ofert.

Decyzja o wykluczeniu Odwołującego została podjęta po przeprowadzeniu analizy treści § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Redakcja tej normy prawnej wskazuje na to, że w pierwszej kolejności wykonawca dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien przedłożyć opłaconą polisę, dopiero w przypadku braku takiego dokumentu może posłużyć się innym dokumentem potwierdzającym, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu z udziału w postępowaniu dokonał oceny czy przedłożony przez Odwołującego dokument – polisa OC wraz z uzupełniającym ją certyfikatem – spełniają wymagania wskazane w powyższym przepisie. Odwołujący przedłożył polisę, a zatem nie może być mowy w przedmiotowym postępowaniu o braku polisy i dopuszczeniu możliwości przedłożenia innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. To sam Odwołujący zdeterminował, że to właśnie złożona przez niego polisa OC będzie podlegała ocenie pod kątem spełniania warunków wskazanych przez właściwe przepisy prawa i s.i.w.z. W wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów terminie Odwołujący nie przedłożył potwierdzenia opłacenia polisy OC. Odwołujący nie przedstawił żadnych uzasadnionych okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na uznanie, że w przedmiotowej sprawie wystarczającym jest przedłożenie certyfikatu, pomimo braku dowodu opłacenia polisy OC. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro polisa OC złożona razem z ofertą nie była opłacona na dzień upływu terminu składania ofert, to może ona zostać „zastąpiona” przez przedłożony w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów certyfikat. Nie można przyjąć, że skoro polisa OC nie była opłacona i nie spełnia wymogu wskazanego w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, to wobec jej „braku” złożony certyfikat należy potraktować jako inny dokument, o którym jest mowa w tym rozporządzeniu. Działanie

Odwołującego polegające na powoływaniu się w chwili obecnej na certyfikat prowadzi do stanu, w którym akceptowalna byłaby dowolna, zależna od sytuacji, zmiana dokumentów złożonych razem z ofertą. Opłacona polisa oraz inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej są dwoma równoważnymi dokumentami, jednak nie mogą być dowolnie, w zależności od sytuacji zamieniane w trackie postępowania. Skoro Odwołujący przedłożył polisę OC, to winien przedłożyć dokument potwierdzający jej opłacenie na dzień składania ofert. Jednak z odwołania wynika, że rata składki za polisę OC została opłacona już po upływie terminu składania ofert. Odwołujący mógł jeszcze w dniu otwarcia ofert dokonać stosowanej wpłaty i przedstawić dowód jej uiszczenia, nie było żadnych obiektywnych okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na brak możliwości opłaty składki i wypełnienie warunków wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Wykonawcy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinni dołożyć należytej staranności w przygotowywaniu i gromadzeniu dokumentów potrzebnych w trakcie postępowania.

Zamawiający miał na uwadze linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącą kwestii związanej z przedkładaniem przez wykonawców dokumentów związanych z posiadaniem ubezpieczenia OC.

W wyroku z 6 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2537/11) Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca przedłożył dokument polisy OC oraz aneksy do tej polisy nie może być mowy o braku złożenia polisy OC, a więc okoliczności, która dopuszcza możliwość złożenia dokumentu innego niż polisa OC, a potwierdzającego fakt posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Tak więc to polisa OC oraz aneksy do niej (zawierające zmiany do umowy ubezpieczenia dotyczące podwyższenia sumy gwarancyjnej), stanowią podstawę oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Złożona polisa OC – zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów – winna być opłacona.

W wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2531/11) wskazano, że spełnienie wymogu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia nie może stanowić dokonanie opłaty składki w terminie wyznaczonym w polisie na dokonanie zapłaty, jednak po dniu składania wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu. *Dokonanie opłaty składki po dniu składania wniosków nie może być uznane za wykazanie spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, mimo że w świetle obowiązujących przepisów prawa, a przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego, ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje mimo odroczenia zapłaty składki. Ubiegając się o udzielenie*

*zamówienia publicznego wykonawca powinien dopełnić w tym zakresie wymogów szczególnej regulacji prawnej, jaką w tym zakresie stanowią przepisy ustawy Pzp oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Skoro te przepisy z jednej strony wymagają w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożenia dokumentu opłaconej polisy, a z drugiej strony nakazują weryfikację spełnienia warunku ubezpieczenia przy użyciu wskazanego dokumentu opłaconej polisy na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w przypadku niespełnienia tych wymogów wykonawcy powinni liczyć się z konsekwencją w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu.*

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z 10 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1623/11) gdzie wskazano, że: *W niniejszej sprawie Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także w wyniku uzupełnienia dokumentów, przedłożył dokument polisy. W tym przypadku zatem nie możemy mówić o braku polisy, skoro ta została przez Odwołującego przedłożona, a tym samym nie możemy mówić o przedłożeniu innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie OC. W okolicznościach niniejszej sprawy jedynie w tym kontekście – oceny dokumentu polisy ubezpieczeniowej – możemy dokonywać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, skoro z tego właśnie dokumentu (polisa) Odwołujący skorzystał. Izba nie podzieliła w tym zakresie poglądu prezentowanego przez Odwołującego, że dokument nieopłaconej polisy stanowi inny dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Podstawą takiego stanowiska Izby jest literalna wykładnia przywołanego dokumentu oraz okoliczności faktyczne w przedmiotowej sprawie, tj. przede wszystkim kwestia przedłożenia przez Odwołującego właśnie dokumentu polisy ubezpieczeniowej, a nie jakiegoś innego dokumentu. Należy także wskazać, że ustawodawca, opisując wymogi co do dokumentów potwierdzających spełnianie warunku ubezpieczenia od prowadzonej działalności gospodarczej wykonawcy we wskazanym przepisie § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wprowadził dodatkowy wymóg przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej. Ustawodawca w tym zakresie nie określił ściśle, jaki dokument będzie potwierdzał opłacenie polisy. Odwołujący zatem, w wyniku uzupełniania dokumentów, mógł przedłożyć każdy dowód, który potwierdzałby uiszczenie składki ubezpieczeniowej od zawartej polisy. Za taki dokument nie może być uznana wystawiona na rzecz Odwołującego przez ubezpieczyciela faktura, bowiem nie wynika z niej, że składka ubezpieczeniowa została opłacona. Niezależnie od powyższego stwierdzić należało, że Odwołujący w wyniku*

*uzupełniania dokumentów wprost oświadczył Zamawiającemu, że polisa ubezpieczeniowa nie została jeszcze opłacona, wskazując dodatkowo na to, że termin płatności składki ubezpieczeniowej jeszcze nie upłynął. Nie jest zatem sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że w momencie uzupełniania dokumentów dotyczących złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu polisa ubezpieczeniowa Odwołującego nie została jeszcze opłacona. Oświadczenie złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, że polisa ubezpieczeniowa aktualnie została już opłacona nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocenę tę bowiem w trybie przetargu ograniczonego należy przeprowadzić na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na ten dzień – biorąc pod uwagę naczelną zasadę prowadzenia postępowania o zamówienie publicznego, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego winni wykazać się spełnianiem podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przedkładając w tym zakresie stosowne dokumenty. Wyjątek od tej zasady określa art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pozwalający wykonawcy, na wezwanie Zamawiającego, uzupełnić brakujące we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty podmiotowe. Przywołany przepis wyraźnie jednak wskazuje, że przedłożone w wyniku wezwania Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uzupełnione przez Odwołującego dokumenty powinny zatem potwierdzać spełnianie warunku finansowego i żadanego w tym zakresie dokumentu na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

W wyroku z 15 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 421/12) stwierdzono, że: „W pierwszej kolejności za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2011 r. KIO 1623/11 (LexPolonica nr 2615007) należy wskazać, iż najistotniejszym wymogiem przewidzianym w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz celem, dla którego dany dokument ma być złożony w postępowaniu jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, polegającego na tym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca w tym zakresie określił rodzaje dokumentów, które ten warunek mają potwierdzać, wskazując przede wszystkim na polisę ubezpieczeniową oraz na inny dokument, który będzie potwierdzał spełnianie wskazanego warunku. Co do wskazanego w



*przepisie „innego dokumentu”, a więc pewnego otwartego katalogu dokumentów, które potwierdzają ubezpieczenie wykonawcy, ustawodawca zastrzegł, że taki dokument może być przedłożony jedynie w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca „E.” Polska sp. z o.o. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, że zawarł Polisę Nr (...). O ile certyfikat do Polisy może być uznany za inny dokument w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia to wskazać należy, iż możliwość posłużenia się „innym dokumentem” ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy. Skoro bezsprzecznie wykonawca „E.” Polska sp. z o.o., posiada polisę, świadczy o tym wystawiony certyfikat do polisy, zamawiający stwierdzając jej brak winien był zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp. i wezwać wykonawcę „E.” Polska sp. z o.o. do uzupełnienia opłaconej polisy na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Za przedwczesny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 gdyż dopiero w przypadku nieuzupełnienia brakującego dokumentu zamawiający zobligowany byłby do wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.*

Oдноśnie odrzucenia oferty Odwołującego:

Zamawiający podał wyczerpujące uzasadnienie dla swojej decyzji o odrzuceniu oferty, gdyż jest ona konsekwencją wykluczenia Odwołującego z postępowania, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 4 pzp. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że oferta podlega również odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. przez niezłożenie dokumentu wskazanego w rozdziale V s.i.w.z. Zamawiający szczegółowo opisał dlaczego w jego ocenie złożone przez Odwołującego dokumenty dotyczące potwierdzenia spełnienia wymogów udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od OC, nie mogą być uznane za prawidłowe. Gdyby Odwołującemu nieznane było uzasadnienia faktyczne dla podjętej przez Zamawiającego decyzji, to prawdopodobnie nie byłby w stanie w tak szczegółowy sposób przedstawić swojego stanowiska.

Oдноśnie zatrzymania wadium:

Zamawiający zatrzymał wadium wpłacone przez Odwołującego się z uwagi na to, że nie było przeszkód do uzupełnienia brakujących dokumentów, tak aby były one zgodne z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący przez niezłożenie dokumentu potwierdzającego opłacenie składki na ubezpieczenie OC miał możliwość „sztucznego” wpływu na wynik całego postępowania. Znając wysokość cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania mógł podejmować decyzję czy dokonywać zapłaty za polisę czy nie. Takie działanie wpływa na zaburzenie zasady równego traktowania

wykonawców. Wykonawca, którego oferta nie wygrała, a który dokonał zapłaty za polisę byłby pokrzywdzony w stosunku do wykonawcy, który złożył dokument polisy bez jej opłacenia i po zapoznaniu się z pozostałymi ofertami podejmuje decyzję, że nie będzie opłacał polisy. Przepisy dotyczące wadium mają za zadanie dyscyplinować wykonawców, powodować, że w należyty sposób będą uczestniczyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie zaszły żadne okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie, że pomimo nieuzupełnienia w określonym terminie dokumentów, a tym samym nie zrealizowania obowiązku nałożonego przez przepisy ustawy pzp, Zamawiający powinien zwrócić wadium Odwołującemu. Ustawa wskazuje, że nie ma podstaw do zatrzymania wadium jeżeli z obiektywnych przyczyn wykonawca nie był w stanie wypełnić wymogów stawianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie to sam Odwołujący się podejmował decyzję o tym czy opłaci składkę i przedłoży dokument zapłaty, czy też nie będzie uzupełniał w tym zakresie dokumentów. Zamawiający w s.i.w.z. szczegółowo opisał jakie dokumenty powinny zostać złożone przez wykonawców w trakcie postępowania. Nie było żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby brak zapłaty I raty składki za polisę OC. W takim stanie faktycznym Zamawiający uznał, że skoro Odwołujący się nie uzupełnił w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów, to zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium. Nie można zgodzić się z argumentacją prezentowaną przez Odwołującego, że skoro zostały przedłożone dokumenty przez Odwołującego się, które zostały następnie przez Zamawiającego uznane za niewystarczające, to nie można dokonać zatrzymania wadium. Odwołujący podnosi, że tylko przy całkowitym braku uzupełnienia dokumentów można zatrzymać wadium. Taka wykładania przepisów dotyczących zatrzymania wadium nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przepis art. 46 ust. 4a pzp nie uzależnia możliwości zatrzymania wadium tylko od przypadku braku przedłożenia jakichkolwiek dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych a wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp i przy braku odmiennych wniosków na posiedzeniu z udziałem stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a Zamawiający

wniósł o jego oddalenie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w rozdziale IV pkt 1 ppkt 4 s.i.w.z. sprecyzował w następujący sposób warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej: *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Minimalna kwota ubezpieczenia 800 000,00 zł. Jeżeli dokument (np. polisa) obejmuje okres krótszy niż termin realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia, że przedłuży ją na czas trwania umowy. Takie oświadczenie musi zostać podpisane pod dokument (np. polisę) i przedłożone wraz z ofertą. Z uwagi na to, że opłacenie składki jest warunkiem koniecznym do objęcia ochroną ubezpieczeniową ze złożonego dokumentu (np. polisy) musi jednoznacznie wynikać, że Wykonawca objęty jest na dzień składania ofert ochroną ubezpieczeniową. Jeżeli z dokumentu jednoznacznie nie wynika, że składka została zapłacona Wykonawca zamówienia winien dołączyć na potwierdzenie takiej okoliczności dowód opłacenia składki.*

Z kolei w rozdziale V pkt 1 ppkt 7 s.i.w.z. Zamawiający określił, że w celu wykazania spełniania powyższego warunku należy przedłożyć *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (kserokopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub osobę przez niego upoważnioną). Wykonawca powinien wykazać, że spełnia warunek określony w rozdziale IV pkt 1 ppkt 4 SIWZ.*

Postanowienia ppkt 4 pkt 1 rozdziału IV oraz ppkt 7 ppkt 1 rozdziału V s.i.w.z. odpowiadają brzmieniu odpowiednio sekcji III.2.2) *Zdolność ekonomiczna i finansowa* oraz sekcji III.2.1), pkt II.1.7) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które zostało także wywieszane na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.

Projekt umowy (załącznik nr 8 do s.i.w.z.) w części II *Prawa i obowiązki stron* zawiera następujące uregulowania w ust. 3 i 4 § 2:

*Wykonawca zobowiązany jest do posiadania przez cały okres wykonywania prac polisy – ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wykonywania działalności.*

*W przypadku upływu terminu ważności polisy w okresie wykonywania umowy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, dodaje się do niniejszego paragrafu ust. 4, który otrzymuje brzmienie:*

*Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć Zamawiającemu „kopię dowodu opłacenia kolejnej raty składki i/lub aktualnej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego”, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, przed upływem obowiązywania dokumentu dotychczasowego (dołączonego do oferty). W przypadku nie przedłożenia Zamawiającemu „dowodu opłacenia kolejnej raty składki i/lub nowego dokumentu w ustalonym terminie”, Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w rozumieniu § 13 ust. 2 pkt 3) lit. b).*

Odwołujący załączył do oferty polisę nr 901006564119 z 17 maja 2012 r. (wznowienie polisy o numerze 901006455540), w której Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Gdańsku potwierdziło zawarcie w tym dniu w Katowicach umowy ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej lub użytkowania mienia z włączeniem OC za produkt, z okresem ubezpieczenia od 21 maja 2012 r. do 20 maja 2013 r. i sumą ubezpieczenia na kwotę 3 mln zł. Płatność składki w wysokości 70 tys. zł rozłożono na 4 równe raty z ustalonymi terminami płatności, przy czym dla pierwszej raty wskazano termin 1 czerwca 2012 r.

W treści polisy odesłano w zakresie uszczegółowienia zakresu i warunków ubezpieczenia do stanowiącego jej integralną część załącznika nr 1, który również został złożony wraz z ofertą przez Odwołującego. Na stronie 4 tego załącznika zamieszczono między innymi klauzule dodatkowe w następującym brzmieniu:

- czasu ochrony – okres ochrony jest tożsamy z okresem ubezpieczenia mimo opłacenia składki lub jej raty w terminie późniejszym, z zastrzeżeniem postanowień klauzuli wypowiedzenia umowy*
- Wypowiedzenia umowy – wypowiedzenie umowy ubezpieczenia z powodu braku opłaty składki lub jej pierwszej raty składki w terminie płatności, jest możliwe pod warunkiem pisemnego wezwania Ubezpieczającego przez Ubezpieczyciela do zapłaty i nie otrzymania składki w terminie czternastu dni od otrzymania wezwania, o ile do dnia poprzedniego włącznie nie nastąpiło obciążenie rachunku bankowego Ubezpieczającego.*

28 maja 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Odwołującego do *złożenia brakujących, właściwych i odpowiednio zredagowanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z zapisami rozdziału IV SIWZ, tj. (...) brakującego właściwego dokumentu – opłaconej polisy.*

Zamawiający w uzasadnieniu, powołując się na treść postanowień ppkt 4 pkt 1 rozdziału IV oraz ppkt 7 pkt 1 rozdziału V s.i.w.z., stwierdził, co następuje: *Dokument polisy wystawiony przez ERGO HESTIA o numerze 901006564119, złożony (...) do niniejszego postępowania nie spełnia warunku o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 7 SIWZ. Z dokumentu nie wynika, że polisa została opłacona na dzień składania ofert, tj: 24 maja 2012 r. W związku z powyższym Zamawiający, wzywa (...) do uzupełnienia brakującego właściwego dokumentu spełniającego wymogi zapisu rozdziału V pkt 1 ppkt 7 SIWZ.*

W piśmie z 31 maja 2012 r. Odwołujący odpowiedział, że przedkłada *Certyfikat Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. potwierdzający ochronę ubezpieczeniową na dzień składania ofert na sumę gwarancyjną 3.000.000,00 zł w zakresie odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej w zakresie OWU i załączonych klauzul. Zdaniem Odwołującego certyfikat jest potwierdzeniem czasu ochrony i ważności umowy ubezpieczeniowej.*

Do pisma załączono certyfikat z 29 maja 2012 r., w którym wspomniany ubezpieczyciel potwierdził zawarcie 17 maja 2012 r. z Odwołującym takiej umowy ubezpieczeniowej, potwierdzonej polisą nr 901006564119 z tego dnia, z okresem ubezpieczenia od 21 maja 2012 r. do 20 maja 2013 r. W ostatnim akapicie certyfikatu zamieszczono następujące zdanie: *Okres ochrony jest tożsamy z okresem ubezpieczenia z uwzględnieniem zapisów określonych w załączniku nr 1 do polisy.*

Załącznik ten, o identycznej treści jak złożony wraz z ofertą, został również załączony do pisma.

Zamawiający w skierowanym 4 czerwca 2012 r. do Odwołującego piśmie w następujący sposób uzasadnił zaistnienie podstawy do wykluczenia go z postępowania:

*(...) Zamawiający wyznaczył termin do przedłożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Wykonawcę (...), opłaconej polisy. W przetargu nieograniczonym Wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące sytuacji finansowej na dzień składania ofert, co oznacza iż dokument potwierdzający spełnianie tych*

*warunków w tym opłacona polisa musi być opłacona na dzień składania ofert. Wykonawca (...), nie przedłożył dokumentu opłaconej polisy ubezpieczeniowej ani w ofercie ani w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Podstawą do żądania takiego dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który stanowi, że Zamawiający może żądać opłaconej polisy, a przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca opisując wymogi co do dokumentów potwierdzających spełnianie warunku ubezpieczenia od prowadzonej działalności gospodarczej Wykonawcy we wskazanym § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wprowadził dodatkowy wymóg przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej. Ustawodawca w tym zakresie nie określił ściśle, jaki dokument będzie potwierdzał opłacenie polisy. Mógł zatem, w wyniku uzupełniania dokumentów przedłożyć każdy dowód, który potwierdzałby uiszczenie składki ubezpieczeniowej od zawartej polisy. Za taki dokument nie może być jednak uznany dołączony CERTYFIKAT wraz z załącznikiem, bowiem nie wynika z niego, że składka ubezpieczeniowa została opłacona.*

*Biorąc pod uwagę naczelną zasadę prowadzenia postępowania o zamówienie publicznego, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – wszyscy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego winni wykazać się spełnianiem podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przedkładając w tym zakresie stosowne dokumenty. Dokumenty złożone przez Wykonawcę (...), potwierdzają, że na dzień składania ofert od przedłożonej do postępowania polisy składka nie została jeszcze uiszczona. Tym samym spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę (...) nie zostało wykazane. Jeśli Wykonawca jest zainteresowany udziałem w publicznym postępowaniu o pozyskanie danego zamówienia powinien dopełnić w tym zakresie wymogów szczególnej regulacji prawnej, jaką w tym zakresie stanowią przepisy ustawy PZP oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów. Skoro te przepisy z jednej strony wymagają w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożenia dokumentu opłaconej polisy, a z drugiej strony nakazują weryfikację spełniania warunku ubezpieczenia przy użyciu wskazanego dokumentu opłaconej polisy na dzień upływu terminu składania ofert, w przypadku niespełnienia tych wymogów wykonawcy powinni liczyć się z wykluczeniem z udziału w postępowaniu przetargowym.*

*W drugim punkcie zawiadomienia zamieszczono następujące uzasadnienie*

odrzućenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp: *Oferta nie odpowiada treści SIWZ: 1) w rozdziale V SIWZ tj. Nie złożenie właściwego dokumentu, o którym mowa w punkcie 1 niniejszego pisma spowodowało, iż oferta Pana, nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ a jej treść nie odpowiada treści SIWZ.*

Trzeci punkt zawiadomienia zawiera następujące uzasadnienie zatrzymania wadium: *W związku z powyższym Zamawiający zatrzymuje Panu wadium wraz z odsetkami, w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy PZP ponieważ w odpowiedzi na wezwanie nie złożył Pan dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*

Powyższe, a także pozostałe okoliczności faktyczne, Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, przywołanych pism Zamawiającego oraz pism i dokumentów Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, a także wyrażone w ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z ceną – która stanowi jedyne kryterium oceny ofert – niższą niż oferta wybrana przez Zamawiającego. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego czynności naraziły Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych w toku rozprawy przez Odwołującego i podlegających rozpatrzeniu, Izby stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, że Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej polegające na nieprzedstawieniu dowodu opłacenia polisy złożonej wraz z ofertą na dzień składania ofert. Izba zważyła w pierwszej kolejności, że treścią warunku opisanego w ppkt 4 pkt 1 rozdziału IV s.i.w.z. było znajdowanie się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającej na byciu ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 800 tys. zł. Z kolei w ppkt 7 pkt 1 rozdziału V s.i.w.z. wskazano jedynie, zgodnie z przepisem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), rodzaje dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie spełniania tego warunku. Zamawiający wykluczył Odwołującego za nieprzedstawienie właściwego dokumentu. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie wynika natomiast zakwestionowanie faktu, że Odwołujący w dniu upływu terminu składania ofert był ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 3 mln zł. Również w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający nie podważał tej okoliczności. Zdaniem Izby Zamawiający mógł to stwierdzić już na podstawie dokumentów złożonych pierwotnie przez Odwołującego, gdyż obejmowały one nie tylko samą polisę, ale także 4-stronicowy załącznik do niej, szczegółowo określający zakres oraz warunki ubezpieczenia. O ile z samej polisy wynikał okres ubezpieczenia od 21 maja 2012 r. do 20 maja 2013 r. i brak dokonania wpłaty jakiegokolwiek raty, o tyle zawarte w załączniku klauzule dodatkowe umożliwiały Zamawiającemu stwierdzenie, że czas ochrony ubezpieczeniowej jest tożsamy z okresem ubezpieczenia, pomimo opłacenia składki lub jej raty w terminie późniejszym. Zastrzeżono co prawda możliwość wypowiedzenia umowy z powodu braku opłacenia składki lub jej pierwszej raty, która została jednak wyznaczona na 1 czerwca 2012 r., a samo wypowiedzenie wymaga uprzedniego wezwania do zapłaty w terminie 14 dni. W tych okolicznościach nie sposób stwierdzić, że na dzień 24 maja 2012 r., w którym upływał termin składania ofert, Odwołujący



nie spełniał opisanego w s.i.w.z. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W ocenie Izby dla powyżej opisanego rozumienia warunku udziału w postępowaniu nie zmieniają ostatnie dwa zdania zawarte w ppkt 4 pkt 1 rozdziału V s.i.w.z. Pierwsze z nich może być potraktowane jedynie jako informacyjne przypomnienie, że co do zasady opłacenie składki warunkuje objęcie ochroną ubezpieczeniową, skoro w drugiej części tego zdania podkreśla się, że złożonego dokumentu, w tym polisy, przede wszystkim ma wynikać fakt objęcia wykonawcy na dzień składania ofert ochroną ubezpieczeniową. Kolejne zdanie, wskazujące na konieczność złożenia dowodu opłacenia składki, odnosi się zatem do sytuacji, w której rzeczywiście jej uiszczenie jest warunkiem koniecznym dla powstania ochrony ubezpieczeniowej. Przemawia za tym również fakt zamieszczenia tych zdań po sformułowaniu nakładającym na wykonawców obowiązek złożenia dokumentu potwierdzającego lub oświadczenia zapewniającego, że okres ubezpieczenia obejmuje lub będzie obejmował termin realizacji zamówienia. Takie sformułowanie oznacza swoiste rozciągnięcie przez Zamawiającego obowiązującego warunku udziału w postępowaniu na cały okres realizacji zamówienia. Z treści wzoru umowy wynika wręcz, że Zamawiający utożsamiał ubezpieczenie na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu z zapewnieniem należytego wykonania umowy. Wybrany wykonawca zobowiązany jest bowiem do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności przez okres wykonywania umowy i potwierdzania tego faktu Zamawiającemu, pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba zważyła, że ani sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, ani wskazanie dokumentu, który należy złożyć na jego potwierdzenie, nie mogły być podstawą do wykluczenia Odwołującego. Wskazanie jako wymaganego dokumentu *opłaconej polisy*, a w przypadku jej braku *innego dokumentu potwierdzającego*, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, nie stoi na przeszkodzie pozytywnej ocenie wykazania przez Odwołującego spełniania warunku posiadania takiego ubezpieczenia przez załączenie do oferty opisanej powyżej polisy, która nie były opłacone na dzień składania ofert. Sposób wskazania przez Zamawiającego wymaganego dokumentu wynika wprost z brzmienia przepisu rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie ulega wątpliwości, że polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, o którym mowa w przepisie art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 813 § 2 kc, jeżeli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeżeli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia – w ciągu

czternastu dni od jego doręczenia. Z kolei z art. 814 § 2 kc wynika, że jeżeli zakład ubezpieczeń ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki, a składka nie została zapłacona w terminie, zakład ubezpieczeń może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, zawiadamiając o tym jednocześnie ubezpieczającego, i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. Natomiast w braku odstąpienia od umowy, rozwiązuje się ona z końcem okresu, na który przypada niezapłacona składka. Zdaniem składu orzekającego Izby przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie może być interpretowany jako wyłączenie lub ograniczenie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przewidzianej na mocy kodeksu cywilnego prawnej możliwości ułożenia stosunku prawnego w ten sposób, że wykonawca, jest ubezpieczony przed zapłaceniem nawet pierwszej raty składki. Wobec tego obiektywnie można wymagać w tych postępowaniach złożenia *opłaconej polisy* w sytuacji, w której bez opłacenia składki w ogóle nie powstałaby odpowiedzialność ubezpieczyciela, a tym samym nie można byłoby stwierdzić czy wykonawca jest ubezpieczony. W niniejszej sprawie z załączonej do oferty polisy wynika objęcie Odwołującego ochroną ubezpieczeniową w dniu, w którym przypadał termin składania ofert, przy jednoczesnym określeniu terminu płatności pierwszej raty składki na 1 czerwca 2012 r. Nie można zatem uznać, że Odwołujący na dzień składania ofert nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, którego treścią było posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a nie rodzaj dokumentu składanego na jego potwierdzenie (*opłacona polisa* czy też *inny dokument*).

Skład orzekający podzielił zatem stanowisko wyrażone uprzednio w wyroku z 12 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1366/12) na tle zbliżonego stanu faktycznego. Stanowisko to jest także stale obecne w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, począwszy od wyroku z 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 19/11), przy czym analogiczna argumentacja pojawiła się później również w uzasadnieniu wyroku z 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2234/11): *Izba zważyła, iż objęcie wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów art. 814 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przynieszone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym wyżej przepisem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku dopuszczającym wykazanie faktu objęcia*

*wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia. Analogiczną argumentację wyrażono także w uzasadnieniu wyroku z 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2234/11), choć stan faktyczny sprawy dotyczył polisy z opłaconą I ratą składki.*

*Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1941/12), stwierdzono między innymi, co następuje. Sam odwołujący się podniósł, że termin opłacenia pierwszej składki przez wykonawcę (...) upływał 3 dni po terminie składania ofert. Oznacza to, że w dniu składania ofert wykonawca nie był obowiązany do opłacenia składki, a zatem w tym dniu prawdopodobnie takim dokumentem nie dysponował. Nie oznacza to, iż w dniu składania ofert wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej wskazano wykonawca obowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert i w ocenie Izby udowodnił, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Dowodem powyższego jest złożona przez wykonawcę polisa, z której wynika, że okres ubezpieczenia rozpoczął się przed dniem składania ofert. W myśl Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Hestia Business –OKRES UBEZPIECZENIA I CZAS TRWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI § 135: „1. Odpowiedzialność Ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia i godziny wskazanej w umowie jako początek okresu ubezpieczenia, pod warunkiem, że składka lub jej pierwsza rata zostanie zapłacona w terminie wskazanym w umowie ubezpieczenia, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 i 3 poniżej. 2. W przypadku gdy Ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka nie zostanie zapłacona w terminie, Ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który udzielał ochrony ubezpieczeniowej. W przypadku braku wypowiedzenia umowa wygasa z końcem okresu, na który przypadła niezapłacona składka”. Z powyższego wynika jednoznacznie, że w dniu upływu terminu składania ofert wykonawca (...) objęty był ochroną ubezpieczeniową. Okres ochrony – jak wynika z polisy – rozpoczął się bowiem wcześniej, natomiast w dniu, kiedy upływał termin składania ofert, nie zaistniały nawet podstawy do wypowiedzenia umowy przez ubezpieczyciela. Tym samym w wyznaczonym dniu wykonawca spełniał postawione warunki.*

*Wreszcie zbieżny pogląd wyraziła także Izba w uzasadnieniu wyroku z 17 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 250/12), w którym trafnie wskazano również charakter warunku udziału w postępowaniu: Zgodnie z przepisem art. 814 §1 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po*

zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. W świetle tego przepisu dopuszczalnym jest – w drodze wyraźnego postanowienia umownego – ustalenie między stronami umowy ubezpieczenia, że ochrona ubezpieczeniowa będzie świadczona jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Sytuacja taka ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Można zatem przyjąć, że w dniu, w którym upływał termin składania ofert (18.01.2012 r), Przystępujący był ubezpieczony na wynikającą z tej polisy kwotę, czego wymagał Zamawiający. Zgodnie z art. 22 ust. 3 i 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych Zamawiający ustala sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sposób pozostający w związku z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do tego przedmiotu. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał, że ocenie podlegać będzie fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Jest to zgodne ze stanowiskiem prezentowanym w doktrynie, zgodnie z którym spełnienie tego warunku należy wiązać nie tyle z wydatkowaniem określonej sumy pieniężnej określonej w tytule składki, co z istnieniem stosunku ubezpieczenia (M. Makowski, Nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów – omówienie zmian po nowelizacji ustawy z 5.11.2009 r. w Pzp. Kwartalnik, Nr 1 (24)/2010, wyd. C.H. Beck) oraz z literalnym brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu miała odbywać się na podstawie przedłożonej przez wykonawcę opłaconej polisy, a w przypadku jej braku - innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, gdzie wykonawca złożył dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej w postaci Polisy, która jednakże, jak wynika z ustalonego stosunku stron, zawiera odroczony termin płatności – do 30 stycznia 2012 roku. Tym samym nie można stwierdzić, iż wykonawca legitymuje się innym dokumentem. Przedstawiona Polisa, która obowiązuje strony, obejmuje ubezpieczonego zakresem ochrony od dnia 17 stycznia 2012 roku, tj. obejmuje okres przed składaniem ofert – jest wiążąca. Fakt odroczonego terminu płatności nie może przeświadczać o rodzaju dokumentu, kwalifikując go, jako inny dokument. W ocenie Izby Przystępujący przedstawił ważną Polisę, która potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, iż

*termin jej opłacenia upływa po terminie składnia ofert pozostaje bez wpływu na ocenę i kwalifikację złożonego dokumentu.*

Wydaje się, że powyższe stanowisko znajduje również poparcie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt X Ga 213/11), pomimo że zapadł on na tle stanu faktycznego dotyczącego polisy z opłaconą I ratą składki: *W dalszej części odnosząc się do wykładni warunku posiadania opłaconej polisy nie sposób również pominąć innej okoliczności. Mianowicie nawiązać trzeba do § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Według niego w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 pzp zamawiający może żądać między innymi opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Tak określona regulacja wskazuje, że inny dokument powinien tylko potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie wyjaśniono natomiast, jaki dokument (dokumenty) można uznać za inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Mając na uwadze tak określoną przez ustawodawcę regulację i nawiązując do wcześniej przeprowadzonych wywodów w przedmiocie istnienia po stronie skarżącego skutecznej ochrony ubezpieczeniowej (na sumę żadaną przez zamawiającego) Sąd Okręgowy zaznacza, iż gdyby nawet uznać, że skarżący nie przedłożył „opłaconej polisy”, to nie można kwestionować faktu, że wypełnił alternatywny wymóg zamawiającego poprzez przedłożenie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej we wskazanym zakresie, co w ramach powołanych przepisów wypełnia polisa z opłaconą pierwszą ratą składki – skoro taka polisa wymóg ten potwierdza.*

Stanowisko Zamawiającego, powołującego się również na stanowisko wyrażane w orzecznictwie Izby opiera się na wskazaniu w § 1 ust. 1 pkt 10 aktualnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów *opłaconej polisy* jako rodzaju dokumentu potwierdzającego ten wymóg. Przewidzenie przez ustawodawcę wymogu przedstawienia opłaconej polisy (a nie jak w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu *tylko* polisy) – ma czynić niemożliwym wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w razie przedstawienia polisy nieopłaconej na dzień oceny spełniania tego warunku. Skoro wykonawca przedstawia na potwierdzenie spełniania warunku polisę, to musi również

wykazać jej opłacenie, przy czym może to wykazać innym dokumentem niż sama polisa. Tymczasem w ocenie składu orzekającego Izby należy odróżniać warunki udziału w postępowaniu od dokumentów składanych na ich potwierdzenie. Nie można zatem na podstawie określenia w rozporządzeniu rodzaju dokumentu potwierdzającego ustalać tego, co miało być nim potwierdzone. Jeżeli warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, to dokument służy wyłącznie potwierdzeniu zaistnienia tego stanu, a nie konstruowaniu na podstawie jego nazwy dodatkowej treści warunku. W ocenie składu orzekającego Izby drugorzędne znaczenie ma kwestia czy polisę, dla której przed terminem składnia ofert lub wniosków nie nadszedł termin płatności jakiegokolwiek składki, można uznać za inny dokument potwierdzający, to jest drugi rodzaj dokumentu wymienionego w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów, z uwagi na sformułowanie: *...opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego...* Nawet przy uznaniu, że polisa nie być uznana za inny dokument potwierdzający według tego przepisu, pamiętać należy również o istnieniu art. 26 ust. 2c ustawy pzp, zgodnie z którym, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Jeżeli treścią warunku jest posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a wykonawca nie może przedstawić opłaconej polisy, gdyż nie nadszedł termin płatności składki, nie można wykluczyć uznania tego za przyczynę uzasadniającą przedstawienie takiej polisy jako innego dokumentu w rozumieniu art. 26 ust. 2c pzp, w wystarczający sposób potwierdzającej spełnianie warunku. Przede wszystkim jednak trzymając się literalnej interpretacji przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia dopuszcza się sytuację, w której różnicuje się sytuację wykonawców z uwagi na dokument, jaki mogą przedstawić. Prowadzi to do wniosku, że wyłącznie z powodu brzmienia przepisu ubezpieczony wykonawca, który nie musiał jeszcze opłacić składki, winien zadbać aby nie wystawiano mu polisy lecz inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, albo uzyskać taki dokument mimo jej wystawienia i, w razie zastrzeżeń zamawiającego, powołać się na przepis art. 26 ust. 2c pzp. Wydaje się jednak, iż jest to podejście nadmierne formalistyczne, abstrahujące od obiektywnego faktu, że wykonawca niezależnie od rodzaju przedstawionego dokumentu jest ubezpieczony, choć nie uiścił jeszcze żadnej składki. W niniejszej sprawie takie podejście Zamawiającego spowodowało, że pomimo przedstawienia przez Odwołującego dodatkowo

innego dokumentu w postaci certyfikatu, został wykluczony z postępowania.

W tych okolicznościach, wobec niezasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także biorąc pod uwagę zbędność skierowanego przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia załączonego do oferty dokumentu polisy, brak było jakichkolwiek podstaw do zatrzymania wadium. Z kolei zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest zasadny, gdyż Zamawiający, jak to wynika z odpowiedzi na odwołanie, nie stwierdził w rzeczywistości żadnych okoliczności wskazujących na niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Zamawiający błędnie utożsamiał zakres zastosowania art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego – i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 i § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....