

**Sygn. akt KIO/UZP 358/10**

**WYROK**  
**z dnia 16 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Członkowie: Bogdan Artymowicz**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tadeusz Kot prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (lider), 2. Andrzej Cuber prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber w Kaliszu Pomorskim, 3. Leszek Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny LECHBUD Leszek Orłowski w Drawsku Pomorskim, 4. Łukasz Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjne PBI – Perfekt Łukasz Orłowski w Drawsku Pomorskim, 5. ZETKA Sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp, 6. Andrzej Ligocki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENET Andrzej Ligocki w Gorzowie Wlkp, adres dla lidera: ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. W. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie** protestu z dnia 25 lutego 2010 r.,

przy udziale **Piotra Flens, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Inwestycyjnych Piotr Flens, ul. Gnieźnieńska 74, 75-736 Koszalin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty (uznania jego oferty za odrzuconą), dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. W. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tadeusz Kot prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (lider), 2. Andrzej Cuber prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber w Kaliszu Pomorskim, 3. Leszek Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny LECHBUD Leszek Orłowski w Drawsku Pomorskim, 4. Łukasz Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjne PBI – Perfekt Łukasz Orłowski w Drawsku Pomorskim, 5. ZETKA Sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp, 6. Andrzej Ligocki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENET Andrzej Ligocki w Gorzowie Wlkp, adres dla lidera: ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Drawsko Pomorskie, ul. Gen. W. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tadeusz Kot prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (lider), 2. Andrzej Cuber prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber w Kaliszu Pomorskim, 3. Leszek Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład**

Budowlano-Instalacyjny LECHBUD Leszek Orłowski w Drawsku Pomorskim, 4. Łukasz Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjne PBI – Perfekt Łukasz Orłowski w Drawsku Pomorskim, 5. ZETKA Sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp, 6. Andrzej Ligocki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENET Andrzej Ligocki w Gorzowie Wlkp, adres dla lidera: ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Tadeusz Kot prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (lider), 2. Andrzej Cuber prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Andrzej Cuber w Kaliszu Pomorskim, 3. Leszek Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny LECHBUD Leszek Orłowski w Drawsku Pomorskim, 4. Łukasz Orłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjne PBI – Perfekt Łukasz Orłowski w Drawsku Pomorskim, 5. ZETKA Sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp, 6. Andrzej Ligocki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENET Andrzej Ligocki w Gorzowie Wlkp, adres dla lidera: ul. Jagiełły 5a, 66-400 Gorzów Wielkopolski.**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa kina DRA WA na Centrum Kultury w Drawsku Pomorskim”, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) (ustawa Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 21 października 2009 r.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonywał dwukrotnego badania i oceny ofert. W wyniku pierwszego badania i oceny ofert dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Na powyższe rozstrzygnięcie protest złożył Przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym: Piotr Flens prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Inwestycyjnych Piotr Flens, który podnosił m.in. iż Odwołujący winien być wykluczony z postępowania, ponieważ przedstawił nieprawidłową polisę odpowiedzialności cywilnej. Zamawiający nie uznał wprawdzie protestu w zakresie wykluczenia Odwołującego, jednak przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert, w wyniku której zdecydował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu (nieprzedłożenie ważnej polisy OC), o którym Zamawiający przekazał Odwołującemu 23 lutego 2010 r. Odwołujący dnia 25 lutego 2010 r. wniósł protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. W proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej wykonanie zamówienia oraz naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, a zatem podlega wykluczeniu.

Odwołujący na powyższej podstawie wnosił o :

- unieważnienie rozstrzygnięcia o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego,
- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

- dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący argumentował, iż Zamawiający naruszył interes prawny Odwołującego, ponieważ poprzez wykluczenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty, pozbawił go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wykazywał, że ma interes prawny w złożeniu protestu, ponieważ zmiana decyzji Zamawiającego polegająca na uznaniu, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, spowoduje, iż oferta Odwołującego będzie w relacji do innych ofert najkorzystniejszą (jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena). Odwołujący stwierdzał, że w następstwie pierwszego rozstrzygnięcia przetargu jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ spełniała wszystkie warunki i była najkorzystniejsza pod względem cenowym.

Odwołujący argumentował, że rozumowanie Zamawiającego jakoby fakt, iż Odwołujący zapłacił składkę z tytułu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o godzinie 14:54 w dniu 21 grudnia 2009r., natomiast termin składania ofert upłynął tego dnia o godzinie 11:45, a zatem Odwołujący w dacie składania ofert nie posiadał ważnego ubezpieczenia, jest nieprawidłowe. Odwołujący nie spóźnił się z zapłaceniem składki o trzy godziny, a zapłata składki w tym samym dniu, w którym upływał termin składania ofert, jest zbiegiem okoliczności wynikającym wyłącznie z czynności księgowej Odwołującego, a nie chęci dopełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że nie spóźnił się z zapłatą składki, ponieważ dokonał wpłaty składki ubezpieczeniowej na tydzień wcześniej niż wynika to z terminu określonego w polisie jako termin płatności składki. Wynika to z przesłanej Zamawiającemu za pismem z dnia 12 lutego 2010r. polisy ubezpieczeniowej, która była wcześniej załączona do oferty Odwołującego, gdzie termin płatności składki został określony na 28 grudnia 2009 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak należytej staranności w czytaniu przepisów dotyczących funkcjonowania ubezpieczeń, co doprowadziło w konsekwencji do przedstawienia całkowicie mylnego i niezgodnego z prawdą oraz stanem faktycznym uzasadnienia wykluczenia z postępowania. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający błędnie zinterpretował postanowienie § 6 ust. 4 ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. (dalej PTU.S.A.) mających zastosowanie do umowy ubezpieczenia Odwołującego. Zamawiający na podstawie wyrwanej z kontekstu części postanowienia tychże warunków ubezpieczenia, tj. sformułowania „nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty” wysnuł nieuprawniony, zdaniem Odwołującego, wniosek, że z uwagi na nieopłacenie składki do dnia składania ofert Odwołujący

nie miał w tej dacie ważnego ubezpieczenia. Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postanowieniu należy zwrócić uwagę na sformułowanie: „Jeżeli strony nie umówiły się inaczej (...)”, na podstawie którego pomiędzy ubezpieczycielem a Odwołującym doszło do zawarcia umowy odmiennie regulującej początek okresu odpowiedzialności. Dowodem na to jest polisa, którą Zamawiający otrzymał od Odwołującego, określająca warunki zawartej umowy, która w sposób odmienny niż zapis w ogólnych warunkach ubezpieczenia uregulowała sprawę zapłaty składki i odpowiedzialności ubezpieczeniowej ubezpieczyciela. Odwołujący wskazywał, że już w pierwszym zdaniu tekstu polisy jest zapis, iż ubezpieczyciel potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia, a dalej podane są inne warunki, na jakich umowa została zawarta, w tym termin zapłaty składki ubezpieczeniowej i jej wysokość. Stanowisko Zamawiającego wysnute z jego własnej interpretacji postanowienia ogólnych warunków ubezpieczenia, że zawsze w każdym wypadku początek okresu ubezpieczenia zaczyna się nie wcześniej niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki. Odwołujący podnosił, że trudno ocenić, czy Zamawiający zapoznał się z dalszymi postanowieniami ogólnych warunków ubezpieczenia. Odwołujący przywołał postanowienie § 9 ust. 5 tychże warunków, który stanowi: „Jeżeli PTU S.A. ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, PTU S.A. może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosiło odpowiedzialność. W braku wypowiedzenia, umowa wygasa z końcem okresu, za który przypadła niezapłacona składka”. W opinii Odwołującego przeczyło to twierdzeniom Zamawiającego, ponieważ odpowiedzialność ubezpieczyciela powstaje także wtedy, gdy żadnej składki nie zapłacono i jest to regulacja dotycząca sytuacji, gdy składka nie została zapłacona przy zawieraniu umowy ubezpieczenia. Przedmiotowa regulacja ustanawia odpowiedzialność w przypadku braku składki oraz dopuszczalne działania ubezpieczyciela w odniesieniu do umowy z klientem.

Odwołujący podnosił, że z ostrożności zwrócił się do ubezpieczyciela o wyjaśnienie, jakie jest ich rozumienie odpowiedzialności w przypadku późniejszej wpłaty składki aniżeli data zawarcia umowy ubezpieczenia, a uzyskana odpowiedź jednoznacznie potwierdza, iż ubezpieczenie trwa przez cały czas, a ochrona ubezpieczeniowa istnieje od chwili zawarcia umowy ubezpieczenia do czasu wygaśnięcia polisy. Pismo ubezpieczyciela z 24 lutego 2010 r. przedstawił w załączeniu do protestu.

Zamawiający dnia 26 lutego 2010 r. wezwał wykonawców do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Na podstawie powyższego wezwania do protestu po stronie Zamawiającego dnia 1 marca 2010 r. przystąpił Przystępujący. W przystąpieniu podnosił on, że polisa odpowiedzialności cywilnej złożona przez Odwołującego nie została opłacona przed

terminem składania ofert i w związku z powyższym ochrona ubezpieczeniowa nie rozpoczęła się w wymaganym terminie.

Zamawiający rozstrzygnął protest dnia 3 marca 2010 r. poprzez jego oddalenie w całości. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że złożona polisa nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie jest prawidłowo opłacona na dzień upływu terminu na składanie ofert, tj. na dzień 21 grudnia 2009r, godz. 11:45. Z dokumentu wpłaty złożonego przez Odwołującego wynika, że 21 grudnia 2009r, o godz. 14:53, tzn. po upływie terminu na składanie ofert, Odwołujący uiścił składkę na przedmiotowe ubezpieczenie. Zamawiający uznał zatem, że w terminie wyznaczonym na składanie ofert Odwołujący nie dysponował ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż ogólne warunki ubezpieczenia PTU S.A. mające zastosowanie do umowy ubezpieczenia Odwołującego w § 6 ust.4 stanowią: „ Jeżeli strony nie umówiły się inaczej, odpowiedzialność PTU S.A. rozpoczyna się od dnia oznaczonego w polisie lub innym dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.” Z oferty Odwołującego oraz OWU Zamawiający wysnuł wniosek, że Odwołujący posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej od 22 grudnia 2009 r. , co oznacza niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Na powyższe rozstrzygnięcie Odwołujący dnia 8 marca 2010 r. wniósł odwołanie. W odwołaniu Odwołujący powtórzył zarzuty, wnioski i żądania zawarte w proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dnia 10 marca 2010 r. przystąpił Przystępujący. W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący wskazał, że fakt opłacenia przez Odwołującego składki po terminie składania ofert powoduje, że nie posiadał on wymaganego w SIWZ ubezpieczenia. Przystępujący przeprowadził analizę art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego i wnosił, że z treści tego przepisu wynika, iż jeżeli strony nie postanowiły inaczej odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się po spełnieniu dwóch warunków: zawarciu umowy oraz opłaceniu składki. W przypadku Odwołującego jedynie warunek pierwszy został spełniony, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczęła się 22 grudnia 2009 r., z czego wynika, że w dacie złożenia oferty nie legitymował się wymaganym ubezpieczeniem. Zdaniem Przystępującego brak dowodu, iż w tym konkretnym przypadku strony inaczej uregulowały kwestię początku odpowiedzialności. Przystępujący zwracał uwagę, że wszystkie postanowienia dodatkowe lub odmiennie wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Inny termin rozpoczęcia odpowiedzialności winien jednoznacznie wynikać z treści polisy. Zdaniem Przystępującego Odwołujący uzyskał ochronę

ubezpieczeniową po terminie składania ofert i podlegał wykluczeniu. Ponadto zdaniem Przystępującego celem polisy było zapewnienie zabezpieczenia interesu Zamawiającego na czas realizacji umowy i wykonawca powinien przedłożyć polisę na pełny okres ochronny. Przystępujący wskazał także, że złożony wraz z protestem dokument pochodzący od ubezpieczyciela nie ma mocy dowodowej, ponieważ nie został podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji, a tym samym i do interpretacji postanowień warunków ubezpieczenia.

Dnia 2 kwietnia 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości, orzeczenie o obowiązku Odwołującego wobec Zamawiającego o zwrocie kosztów według spisu kosztów złożonego na posiedzeniu oraz wynagrodzenia radcy prawnego według norm prawem przepisanych, jak również o przeprowadzenie posiedzenia także pod nieobecność Zamawiającego. W odpowiedzi Zamawiający oświadczył, że w pełni zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Przystępującego w kwestii niezasadności odwołania. Podtrzymał także swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu postępowania i protestu. Zamawiający wskazał, że polisa przedstawiona przez Odwołującego określa okres ubezpieczenia od 19 grudnia 2009 r., przy czym strony umowy ustaliły datę płatności składki na 28 grudnia 2009 r. Polisa w swej treści odwołuje się do ogólnych warunków, które w § 6 ust. 4 zawierają następujące ustalenie: „Jeżeli strony nie umówiły się inaczej, odpowiedzialność PTU S.A. rozpoczyna się od dnia oznaczonego w polisie lub innym dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.” Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wskazują, że zapłata składki nastąpiła 21 grudnia 2009 r. o g. 14.53, a termin składania ofert upłynął 21 grudnia 2009 r. o 11.45. Zdaniem Zamawiającego błędne jest stanowisko PTU S.A. wyrażone w piśmie z 24 lutego 2010 r., gdyż jest ono, zdaniem Zamawiającego, wewnątrznie sprzeczne. Pomija bowiem ostatecznie zdanie tej klauzuli, potwierdzające że odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się nie wcześniej niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty, a zatem żadne inne uzgodnienia w tym zakresie nie mogą być dokonywane.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym w dokumentacji postępowania, proteście, odwołaniu, przystąpieniach, pismach i wyjaśnieniach złożonych przez strony i uczestników w toku postępowania i na rozprawie, zważyła, co następuje.**



W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił następujący stan prawny mający zastosowanie do niniejszego odwołania.

Na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie § 8 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) do niniejszego postępowania znajdują zastosowanie przepisy dotychczasowego rozporządzenia 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, z późn. zm.).

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący ma interes prawny, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzucanych naruszeń przepisów ustawy Pzp i uznania, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu (uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), oferta Odwołującego uznana byłaby za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie jest w sytuacji ekonomicznej i

finansowej takiej, która gwarantuje wykonanie zamówienia, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą. W opinii Izby przedmiotowy zarzut się potwierdził. Zamawiający w SIWZ (pkt 8 „Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu” ppkt 3 lit. d) określając warunek dotyczący pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wskazał, że wykonawca musi posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na kwotę 5 mln zł. Na dowód spełnienia tego warunku wykonawca winien był dołączyć polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Wykonawca załączył do oferty polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej seria AOE nr 006967 wystawioną przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (dalej PTU S.A.) ustalającą początek okresu odpowiedzialności na 19 grudnia 2009 r. z terminem zapłaty składki 28 grudnia 2009 r. Zgodnie z treścią ww polisy do umowy ubezpieczenia, którą polisa potwierdza, znajdują zastosowanie ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzone Uchwałą Zarządu PTU S.A. Nr 73/07 z 1 października 2007 r. (dalej OWU). W toku sprawy ustalone zostało, że analiza treści polisy oraz OWU doprowadziła Zamawiającego do wniosku, iż w przedmiotowym przypadku warunkiem powstania odpowiedzialności PTU S.A. wobec Odwołującego jest zapłata składki przez Odwołującego. Z tego względu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego posiadanie ważnego na dzień składania ofert ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Wykonawca nie wskazał w wezwaniu wyraźnie dowodu opłaty składki, jednak wynikało to jednoznacznie z uzasadnienia wezwania.

Izba ustaliła, że zarówno interpretacja treści polisy wraz z OWU, jak i żądanie uzupełnienia dowodu zapłaty składki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp były nieprawidłowe. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy obowiązku Zamawiającego wezwania wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające wadę lub wadliwe pełnomocnictwa, do ich uzupełnienia, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten daje zatem możliwość żądania uzupełniania tylko takich oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, których zamawiający wymagał w SIWZ. Zamawiający w niniejszym postępowaniu w ww powołanym postanowieniu SIWZ wymagał jedynie złożenia polisy. Nie wymagał natomiast przedstawienia dowodu zapłaty składki. Zamawiający w toku postępowania wskazywał, że w jego opinii przepisy rozporządzenia 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, z późn. zm.) nie dopuszczają możliwości zażądania w SIWZ złożenia dowodu zapłaty składki ubezpieczeniowej. Skoro zatem według Zamawiającego przepisy te nie dozwalały na żądanie w SIWZ dowodu zapłaty składki, dokument ten nie mógł podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie był to bowiem dokument wymagany przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SIWZ. Zamawiający, w razie wątpliwości dotyczących prawidłowości i skuteczności polisy, mógł natomiast skorzystać z trybu wyjaśnień przewidzianego przez art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego jednak zaniechał, poprzestając na własnej interpretacji treści polisy i OWU. Izba uznała, że przedstawiona przez Zamawiającego i Przystępującego interpretacja § 6 ust. 4 OWU będąca podstawą wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, jest błędna. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazywał, że postanowienie § 6 ust. 4 OWU jednoznacznie potwierdza, że w każdym przypadku przesłanką powstania odpowiedzialności PTU S.A. jest zapłata składki ubezpieczeniowej. Zdaniem Zamawiającego OWU nie przewidywały możliwości umówienia się stron w inny sposób. Interpretacja ta, w opinii Izby, nie jest właściwa. Paragraf 6 ust. 4 OWU brzmi: „Jeżeli strony nie umówiły się inaczej, odpowiedzialność PTU S.A. rozpoczyna się od dnia oznaczonego w polisie lub innym dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty”. Przedmiotowe postanowienie OWU jest odzwierciedleniem art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten bez wątpliwości ma charakter dyspozytywny, tj. daje stronom umowy ubezpieczenia możliwość odmiennego uregulowania początku odpowiedzialności, uniezależniając go od obowiązku zapłaty składki. Ubezpieczyciel może zatem wyłączyć dopuszczalność ponoszenia odpowiedzialności przez zapłaceniem składki, ale może także taką ewentualność dopuścić. Wynikać to będzie w treści ogólnych warunków ubezpieczenia, które standardowo stanowią podstawę zawieranych umów ubezpieczenia lub też z indywidualnie negocjowanej z ubezpieczającym umowy. Wola w tym zakresie należy do stron. Możliwość i konsekwencje uniezależnienia początku odpowiedzialności od zapłaty składki wyraźnie przewiduje art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z powyższym przepisem, jeżeli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. W braku wypowiedzenia, umowa wygasa z końcem okresu, za który przypadała niezapłacona składka. Ten z kolei przepis ma charakter bezwzględnie wiążący i ubezpieczyciel, który dopuścił w zawieranych przez siebie umowach ubezpieczenia ponoszenie

odpowiedzialności przed zapłaceniem składki, nie może w odmienny sposób, niż wynika to z art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, uregulować zasad powstania i ustania odpowiedzialności. Analogiczną do art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego regulację PTU S.A. zawarło w §9 ust. 5 OWU. Nie można zatem mówić, tak jak podnosił to Zamawiający, iż pomiędzy § 6 ust. 4 i §9 ust. 5 OWU zachodzi sprzeczność, gdyż postanowienia te dokładnie przenoszą na grunt OWU przepisy art. 814 Kodeksu cywilnego. Przyjęcie interpretacji wskazywanej przez Zamawiającego skutkowałoby uznanie, że art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego jest przepisem niepotrzebnym, gdyż reguluje sytuację niemożliwą, skoro strony nie mogą umówić się w ten sposób, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki. Odnosząc się natomiast do interpretacji art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego oraz odpowiadającego mu §9 ust. 5 OWU należy stwierdzić, że regulacja ta wyraźnie stwierdza, iż w przypadku ponoszenia odpowiedzialności przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, gdy składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, ubezpieczyciel (tu: PTU S.A.) może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosiło odpowiedzialność. Zdanie pierwsze wyraźnie zatem wskazuje, że nawet gdy składka nie została zapłacona w terminie, to i tak istnieje odpowiedzialność ubezpieczyciela, który może rozwiązać umowę w drodze wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym. Wypowiedzenie ma skutek *ex nunc*, co oznacza, że do dnia wypowiedzenia ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność, za co przysługuje mu składka (art. 813 § 1 Kodeksu cywilnego). W braku wypowiedzenia, umowa wygasa z końcem okresu, za który przypadła niezapłacona składka. Warto zwrócić uwagę, że przepis art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego został istotnie zmieniony w 2007 r., kiedy to wprowadzono mechanizm wypowiedzenia jako rozwiązania umowy skutecznego *ex nunc*, w miejsce poprzednio obowiązującego odstąpienia od umowy, w celu usunięcia problemów związanych z sytuacją, w której skutki prawne ustania umowy sięgają wstecz. W niniejszej sprawie składka została jednak zapłacona w terminie wyznaczonym w polisie i objęła cały okres odpowiedzialności. Wywody Przystępującego, jakoby dopiero z dniem zapłaty składki powstawała odpowiedzialność za cały okres ubezpieczenia, nie mają oparcia ani w Kodeksie cywilnym ani OWU. Izba podnosi także, że niezasadne jest również twierdzenie Przystępującego, jakoby polisa miała na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego na czas realizacji Zamawiającego. Zgodnie z regulacją ustawy Pzp i rozporządzenia 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, z późn. zm.) celem żądania polisy na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy, a nie ubezpieczenie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, któremu zależy na rzeczywistym zabezpieczeniu

przedmiotu zamówienia żąda zawarcia stosownej umowy ubezpieczenia od wybranego wykonawcy na etapie zawierania lub realizacji umowy (KIO/UZP 697/08).

Sporna w sprawie była także okoliczność, czy strony rzeczywiście umówiły się na odmienny sposób regulacji początku okresu odpowiedzialności niż dzień następny po zawarciu umowy ubezpieczenia i zapłaceniu składki. Przystępujący podnosił, że Odwoływający nie wykazał, iż z zawartej umowy ubezpieczenia wynika, że PTU S.A. ponosi odpowiedzialność przed datą zapłaty składki. Przystępujący powoływał się na § 1 ust. 2 OWU w brzmieniu: "Umowę ubezpieczenia można zawrzeć na uzgodnionych przez strony warunkach odmiennych od postanowień niniejszych OWU. Wszelkie postanowienia dodatkowe lub odmienne od OWU, a także zmiany zawartej umowy ubezpieczenia muszą być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem nieważności." Przystępujący wywodził, iż Odwoływający powinien był przedłożyć Zamawiającemu dokument (aneks do umowy ubezpieczenia) potwierdzający ponoszenie odpowiedzialności przed datą zapłaty składki. Powyższe rozumowanie, które zakłada konieczność wygenerowania dodatkowego (poza polisą) dokumentu potwierdzającego odmienne lub dodatkowe postanowienia umowy ubezpieczenia jest niezasadne. Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie nie doszło do zmiany zawartej umowy ubezpieczenia, stąd wskazywany wymóg ewentualnego aneksu nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Po drugie, forma pisemna zastrzeżona pod rygorem nieważności nie wymaga, aby ubezpieczyciel i ubezpieczający byli zmuszeni do przygotowania innego dokumentu poza polisą w celu potwierdzenia odmiennych niż w OWU warunków ubezpieczenia, w szczególności gdy odmienne warunki dotyczą tylko odroczonego terminu zapłaty składki. Polisa ma charakter pisemny, potwierdza warunki na jakich została zawarta umowa ubezpieczenia i zamieszczenie odpowiedniej informacji w jej treści spełnia wymóg wskazany w § 1 ust. 2 OWU. Ponadto zgodnie z § 9 ust. 3 OWU termin zapłaty składki zawsze podawany jest umowie ubezpieczenia (polisie). W opinii Izby, podanie w polisie terminu płatności składki późniejszego niż początek okresu ubezpieczenia (odroczenie płatności składki) jednoznacznie wskazuje, że strony (tj. PTU S.A. i Odwoływający) umówiły się, iż ubezpieczyciel będzie ponosił odpowiedzialność przed terminem zapłaty składki. Przyjęcie odmiennej interpretacji pozostaje w sprzeczności z regulacją § 6 ust. 4 OWU i interesem ubezpieczającego. Paragraf § 6 ust. 4 OWU ustala jako zasadę (o ile strony nie umówiły się inaczej) początek odpowiedzialności jako dzień wskazany w polisie lub innym dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, jednak nie wcześniej niż dzień następny po zapłacie składki. W świetle takiej regulacji, wątpliwy byłby cel wskazywania jako początku okresu ubezpieczenia 19 grudnia 2009 r. i jednocześnie ustalenie terminu płatności składki na 28 grudnia 2009 r., skoro odpowiedzialność powstałaby dopiero po zapłacie składki. Oznaczałoby to świadomą zgodę Odwoływającego na

brak odpowiedzialności pomimo naliczenia składki za cały okres ubezpieczenia i równoczesny obowiązek ubezpieczyciela zwrotu składki za niewykorzystany okres ochrony z uwagi na odroczony charakter składki (art. 813 § 1 Kodeksu cywilnego pozwala na pobieranie składki jedynie za czas udzielanej ochrony). Trudno uznać, aby w profesjonalnym obrocie tego rodzaju konstrukcja mogła być przyjęta za zasadną. Ponadto nie można abstrahować od celu zawieranej umowy, którym jest potwierdzenie warunku udziału w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym wymagane było posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności na dzień składania ofert, tj. 21 grudnia 2009 r. Zawarcie umowy ubezpieczenia z początkiem odpowiedzialności po tym terminie oznaczałoby niespełnienie warunku udziału w postępowaniu i skutkowało wykluczeniem wykonawcy. Nie można zatem zakładać, że Odwołujący zawarłby umowę na warunkach wskazanych w interpretacji OWU przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego, ponieważ byłoby to działanie nieracjonalne.

W ocenie Izby, z uwagi na brzmienie § 6 ust. 4 i § 9 ust. 5 OWU, wpisanie innego niż początek ubezpieczenia terminu płatności składki jednoznacznie potwierdza, że strony umówiły się na ponoszenie przez ubezpieczyciela odpowiedzialności przed terminem zapłaty składki. Potwierdza to także pismo PTU S.A. z dnia 24 lutego 2010 r. załączone do protestu. PTU S.A. wskazało w nim, że zasady ubezpieczenia określone są w OWU, a wyznaczenie innego terminu płatności składki niż początek okresu ubezpieczenia oznacza, iż strony umówiły się na inną datę powstania odpowiedzialności, niż wynika to z brzmienia § 6 ust. 4 OWU po sformułowaniu „Jeżeli strony nie umówiły się inaczej”. PTU S.A. stwierdziło w nim także, iż fakt zapłaty składki w terminie umówionym, ale późniejszym niż data rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej, nie pozbawia Odwołującego ochrony ubezpieczeniowej, która trwa przez cały okres ubezpieczenia. PTU S.A. wskazało, że płatność składki nastąpiła tydzień przed wyznaczonym terminem, toteż nie ma potrzeby analizy skutków nieopłacenia składki w umówionym terminie płatności późniejszym niż termin rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej. Swoją opinię PTU S.A. podtrzymało również w piśmie z 23 marca 2010 r., podkreślając, że okres odpowiedzialności w przypadku polis z odroczonym terminem płatności nie jest kwestią uznaniową ubezpieczyciela, lecz obowiązkiem wynikającym z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Izba wskazuje, iż powyżej przedstawioną opinię należy podzielić. Równocześnie, ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego braku wartości dowodowej pisma z dnia 24 lutego 2010 r., z uwagi na okoliczność, że osoba podpisująca pismo nie jest osobą uprawnioną do reprezentacji PTU S.A., a tym samym nie może dokonywać skutecznie i ważnie interpretacji OWU, Izba podnosi, że powyższy zarzut jest niezasadny. Przedmiotowe pisma nie miały bowiem charakteru oświadczeń woli nakierowanych na wywołanie skutków prawnych, dla których skuteczności konieczne jest

zachowanie zasad reprezentacji wynikających z odpowiednich aktów wewnętrznych oraz przepisów prawa, lecz oświadczeń wiedzy wydanych przez przedstawicieli drugiej strony umowy ubezpieczenia, potwierdzających wyłącznie określony stan faktyczny i prawny wynikający z zawartej umowy ubezpieczenia (polisa wraz z OWU) oraz powszechnie obowiązujących regulacji prawnych. Takie oświadczenie wiedzy może wydać każda osoba, która posiada stosowne informacje, a dokument taki stanowiący dokument prywatny, podlega każdorazowej ocenie (por. wyrok UZP/ZO/0-492/07 dotyczący składanych w postępowaniu referencji mających potwierdzić należyte wykonanie usług, które także stanowią oświadczenia wiedzy, a nie woli). W ocenie Izby, Zamawiający, rozstrzygając protest, powinien był uwzględnić treść ww pisma, ponieważ było ono wiarygodne (podpisał je underwriter, a zatem osoba odpowiedzialna za ocenę ryzyka) i jednoznacznie odnosiło się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących skuteczności istniejącej ochrony. Równocześnie pismo to w żadnym zakresie nie dokonywało zmian w zawartej umowie ubezpieczenia, wskazując jedynie na stan prawny istniejący w niniejszej sprawie. Nie naruszało zatem dyspozycji żadnego przepisu ustawy Pzp ani zasady równego traktowania wykonawców. Warto podkreślić, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza wyjaśnienia treści złożonych w postępowaniu dokumentów za pomocą różnych środków dowodowych, w tym wyjaśnień składanych przez podmioty trzecie np. ubezpieczycieli (KIO/UZP/1401/09, UZP/ZO/0-2220/06). Należy także podkreślić, że złożone na rozprawie pismo PTU S.A., podpisane zostało przez Dyrektora Oddziału PTU S.A. w Szczecinie, a zatem osobę zarządzającą jednostką terenową ubezpieczyciela, i zawiera informację analogiczną do przedstawionej w piśmie z dnia 24 lutego 2010 r. Dokumentowi temu również nie można odmówić wiarygodności. Izba wskazuje, że na podstawie art. 188 ustawy Pzp dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Dowodami mogą być w szczególności dokumenty. Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, nie można zatem dowodów złożonych na rozprawie (w tym treści OWU) jako spóźnionych i odmawiać im na tej podstawie mocy dowodowej. Izba podnosi także, że Zamawiający ani Przystępujący poza prezentacją własnej interpretacji prawnej treści polisy i OWU nie wskazali dodatkowych dowodów na potwierdzenie przyjętego przez siebie stanowiska, do czego zobowiązuje art. 6 Kodeksu cywilnego, ograniczając się do zwalczania dowodów i twierdzeń przedstawianych przez Odwołującego.

Reasumując, powyższe w ocenie Izby potwierdza, że w dacie 21 grudnia 2009 r. g. 11.45. (termin składania ofert) Odwołujący posiadał ważną polisę i wykluczenie go z

postępowania przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z zarzutami Odwołującego.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1, ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania, zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.), mającego zastosowanie do niniejszego postępowania odwoławczego.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....