

WYROK

z dnia 11 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2012 roku przez wykonawcę Rafała Kaczora prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZINSTAL-IZOL-GAZ Rafał Kaczor z siedzibą w Ruhocicach przy ulicy Ogrodowej 2, 62-073 Ruhocice w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Eksploatacji Urządzeń Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Zbąszyńskiej 15, 64-212 Siedlec

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia brakującego dokumentu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Eksploatacji Urządzeń Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Zbąszyńskiej 15, 64-212 Siedlec i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rafała Kaczora prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZINSTAL-IZOLGAZ Rafał Kaczor z siedzibą Ruchocicach przy ulicy Ogrodowej 2, 62-073 Ruchocice tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zakładu Eksploatacji Urządzeń Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Zbąszyńskiej 15, 64-212 Siedlec na rzecz wykonawcy Rafała Kaczora prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZINSTAL-IZOLGAZ Rafał Kaczor z siedzibą Ruchocicach przy ulicy Ogrodowej 2, 62-073 Ruchocice kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Eksploatacji Urządzeń Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Zbąszyńskiej 15, 64-212 Siedlec - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Żodyń oraz budowa kanalizacji sanitarnej w m. Wojciechowo część I w ramach budowy kanalizacji sanitarnej w Gminie Siedlec jako elementu Projektu Inwestycyjnego „Kompleksowe zagospodarowanie ścieków w zlewni rzeki Obry – Gmina Siedlec” przewidzianego do realizacji z użyciem środków bezzwrotnej pomocy Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.*

21 czerwca 2012 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wyklucza go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”). W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.

28 czerwca 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ustawy wniósł odwołanie od otrzymanego faxem w dniu 21 czerwca 2012 roku rozstrzygnięcia Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego przy jednoczesnym wyborze najkorzystniejszej oferty AQUANET KRZESINKI Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego pomimo braku ustawowych przesłanek.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonych czynności Zamawiającego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w skutek rozstrzygnięcia Zamawiającego z 8 czerwca 2012 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie, wybrana została oferta Odwołującego jako zawierająca najniższa

cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Został ustalony termin podpisania umowy pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, jednak termin ten został przez Zamawiającego odwołany i 21 czerwca 2012 roku Odwołujący otrzymał drogą faxową rozstrzygnięcie Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty AQUANET KRZESINKI sp. z o.o.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia o wykluczeniu Zamawiający podniósł, iż jego podstawą jest art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczani są wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiającego stanął m.in. na stanowisku, że wykonawca nie złożył polisy ubezpieczeniowej, która byłaby związana z przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej. Odwołujący wskazywał, że został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyny wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z naruszeniem tegoż artykułu, albowiem nie zostały spełnione wskazane w nim przesłanki wykluczenia. Odwołujący swoje stanowisko oparł na następujących przesłankach:

Złożona przez Odwołującego polisa spełnia konieczne wymogi.

Po pierwsze - celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. W tym zakresie należy podzielić wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 201 Or. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09). W przypadku niniejszego postępowania Zamawiający określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), iż składający ofertę winien wykazać, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł. Odwołujący złożył opłaconą (wskazuje na to jej treść) - polisę nr 908502716283 potwierdzającą udzielenie przez Towarzystwo Ubezpieczeń

i Reasekuracji S.A. WARTA, ochrony ubezpieczeniowej „ZINSTAL-IZOL-GAZ” Rafał Kaczor, z której wynika, iż jest ubezpieczony nawet na kwotę znacznie wyższą, tj. 3 000 000 zł. Dodał Odwołujący, że na okres realizacji zamówienia posiada odrębną polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, którą przekazałby Zamawiającemu w momencie podpisania umowy.

W kontekście stanowiska Zamawiającego wyrażonego w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący podniósł, co następuje: żądanie złożenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wynika z § 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). Analiza tego przepisu pozwala na wniosek, iż z dokumentu polisy powinny wynikać następujące okoliczności: wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, ubezpieczenie dotyczy działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Użycie przez ustawodawcę sformułowania *związanej z* wskazuje na to, że ubezpieczona działalność ma w pewnym stopniu odpowiadać przedmiotowi zamówienia, natomiast nie musi być tożsama z przedmiotem zamówienia. Odmienna argumentacja byłaby nieuprawniona, ponieważ nakładałaby na wykonawcę obowiązek ubezpieczania się w każdym przypadku, gdyby chciał on wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ określił przedmiot zamówienia jako *Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Żodyń oraz budowa kanalizacji sanitarnej w m. Wojciechowo część I w ramach budowy kanalizacji sanitarnej w Gminie Siedlec jako elementu projektu inwestycyjnego Kompleksowe zagospodarowanie ścieków w zlewni rzeki Obry - Gmina Siedlec przewidzianego do realizacji z użyciem środków bezzwrotnej pomocy Unii Europejskiej w ramach programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko*.

Z załączonej przez Odwołującego polisy wynika, iż zakres ubezpieczenia obejmuje „Wariant 2” : OC związana z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia z wyłączeniem OC związanej z wprowadzeniem produktu do obrotu. Z kolei wypisu z ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego wynika w sposób szczegółowy jakiego rodzaju działalności gospodarczej ubezpieczenie dotyczy . tj.: 28.52.Z - obróbka mechaniczna elementów metalowych, 45.11.Z - rozbiorka i burzenie obiektów budowlanych; roboty ziemne, 45.12.Z -

wykonywanie wykopów i wierceń geologiczno- inżynierskich, 45.21.D - wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie rozdzielczych obiektów liniowych, rurociągów, linii elektroenergetycznych i telekomunikacyjnych, 45.25.E - wykonywanie specjalistycznych robót budowlanych, gdzie indziej niesklasyfikowanych, 45.32.Z - wykonywanie robót budowlanych izolacyjnych, 45.33.A- wykonywanie instalacji centralnego ogrzewania i wentylacyjnych, 45.33B wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, 45.33.C - wykonywanie instalacji gazowych, 60.24.A - transport drogowy towarów pojazdami specjalizowanymi, 60.24.B - transport drogowy towarów pojazdami uniwersalnymi, 45.23.A - budowa dróg kołowych i szynowych, 45.34.Z - wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych, 52.46.Z - sprzedaż detaliczna drobnych wyrobów metalowych, farb i szkła, 52.63.B - sprzedaż detaliczna pozostała prowadzona poza siecią sklepową, gdzie indziej niesklasyfikowana, 90.-3.Z - działalność sanitarna i pokrewna.

Opis przedmiotu zamówienia wynikający z dokumentacji postępowania w zestawieniu z zakresem ubezpieczenia OC Odwołującego (działalność gospodarcza) oraz zakresem jego działalności wynikającym z wpisu do ewidencji działalności gospodarczej wskazuje zatem, że Zamawiający przewidział w SIWZ roboty związane z przedmiotem działalności wybranego wykonawcy, który z kolei objęty jest zakresem ubezpieczenia w przedłożonej polisie OC. W opinii Odwołującego jest to całkowicie wystarczające dla uznania, że złożona polisa odpowiada wymogom postępowania. Na marginesie dodaje Odwołujący, iż to że w rubryce *rodzaj działalności, z która związana jest ubezpieczona odpowiedzialność cywilna* wpisano tylko jedną z pozycji PKD wymienionych w wypisie z ewidencji co wynika tylko i wyłącznie z konstrukcji formularza polisy, który - z uwagi na brak miejsca - nie pozwala wymienić wszystkich tych pozycji. Z przyczyn wskazanych powyżej nie ma to jednak żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości dokumentacji załączonej do oferty i powoływanie się nań przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu o wykluczeniu wykonawcy jest nieuprawnione.

Zauważyć należy również, iż pomimo obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający - mając wątpliwości co do prawidłowości sformułowania znajdującego się na załączonej do oferty polisie nie wezwał Odwołującego do złożenia stosownego oświadczenia lub stosownych dokumentów na tę okoliczność.

Zamawiający w piśmie z 29 maja 2012 roku wezwał jedynie Odwołującego do złożenia dokumentów stwierdzających, że Odwołujący korzysta z zasobów innego podmiotu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b

ustawy. Chodziło o:

- zaświadczenia z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej dot. środków finansowych lub zdolności kredytowej Zbigniewa Juja, zam. ul. Morelowa 5 , Grodzisk Wilkp.,
- dokumenty stwierdzające, że podmiot biorący udział w realizacji zamówienia „ZINSTAL-IZOL-GAZ” Ferdynand Kaczor nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz dokumentów dotyczących tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy,
- dokumenty - referencje wystawione firmie ZINSTAL-IZOL-GAZ Ferdynand Kaczor - potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Ferdynanda Kaczor, a nie przez Rafała Kaczor, jak to zostało uczynione w przypadku tych załączonych do oferty,
- złożenie wyjaśnienia w jaki sposób podmiot ZINSTAL-IZOL- GAZ Ferdynand Kaczor będzie brał udział w realizacji zamówienia i wykazanie, iż dysponuje on odpowiednimi zasobami . Stąd też- celem wykazania sytuacji ekonomicznej tego podmiotu - Odwołujący złożył polisę ubezpieczeniową ZINSTAL-IZOL-GAZ Ferdynand Kaczor.

Fakt, iż do polisy załączono zobowiązanie Ferdynanda Kaczor do wykorzystania zasobów ekonomicznych w postaci polisy przez wykonawcę - choć rzeczywiście prawnie nieskuteczne z uwagi na to że nie ceduje na odwołującego praw wynikających z owej polisy - nie ma jednak żadnego znaczenia w kontekście oceny prawidłowości złożonej przez Odwołującego dokumentacji dotyczącej jego jako podmiotu biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w tym polisy ubezpieczeniowej wykonawcy). Załączoną przez odwołującego polisę wystawioną na ZINSTAL-IZOL-GAZ Ferdynand Kaczor wraz z zobowiązaniem Ferdynanda Kaczor, należy brać pod uwagę wyłącznie w kategorii dokumentu potwierdzającego sytuację ekonomiczną tego podmiotu jako podmiotu, z zasobów którego wykonawca korzysta.

Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał jednak ostatecznie, że w zakresie sytuacji ekonomicznej Odwołujący nie może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy.

W wyroku z 23 lutego 2011 roku (sygn. akt KIO/269/11) Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

że art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE przewiduje możliwość powołania się przez wykonawcę zarówno na zdolność ekonomiczną, jak i zdolność finansową innych podmiotów, uzależniając powyższe jedynie od zaistnienia stosownej sytuacji w przypadku konkretnego zamówienia, tym samym nie różnicując sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. Prawo zamówień publicznych, wprowadziła art. 26 ust. 2b, zgodnie z treścią którego Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Celem wprowadzenia tego przepisu - jak wynika z uzasadnienia rządowego do projektu nowelizacji ustawy - było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań. Wprowadzony przepis, jak podkreśla KIO w uzasadnieniu wyroku, wbrew temu, co miało stanowić podstawę jego wprowadzenia, przy zastosowaniu wykładni językowej, dotyczy jedynie jednej z sytuacji, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, a mianowicie sytuacji finansowej, nie stanowiąc w ogóle implementacji art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE. Oznacza to więc, że wprowadzony przepis (art. 26 ust. 2b) ogranicza uprawnienia wykonawców, gdyż odnosi się wyłącznie do możliwości powołania się na sytuację finansową innych podmiotów, pomijając w sposób nieuzasadniony możliwość powołania się na ich sytuację ekonomiczną. Jak wskazała dalej KIO, Państwa Członkowskie UE, a więc i Polska, w myśl art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - są zobowiązane do podejmowania środków niezbędnych do tego, aby w pełni wprowadzać w życie postanowienia Dyrektyw w ustawodawstwie krajowym i zapewnić, aby żadne inne przepisy krajowe nie podważały ich stosowania. Skoro więc celem Dyrektywy było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia poprzez zapewnienie wykonawcom jak najszerszej możliwości korzystania z potencjału podmiotów trzecich, w tym także potencjału ekonomicznego, to uznać należy, iż implementacja przepisów Dyrektywy 2004/18/WE wprowadzona została w sposób nieprawidłowy. A ponieważ w przypadku niepełnej, czy też nieprawidłowej implementacji Dyrektywy do porządku prawnego danego kraju zachodzi konieczność takiej wykładni wprowadzonego przepisu, aby uwzględniała ona rezultat określony w Dyrektywie - tzw. prounijna wykładnia przepisów, gdyż wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w państwach członkowskich, koniecznym jest jej zastosowanie.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, stan faktyczny w przedmiotowym przetargu powinien podlegać wykładni prounijnej i należy uznać,

że dokumenty podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej zostały złożone prawidłowo. Odwołujący pragnie również wyjaśnić, że podmiot trzeci, który jest ojcem odwołującego, udostępnił mu również, dla celów niniejszego postępowania, swoją wiedzę i doświadczenie i w przypadku wyboru oferty odwołującego brałby udział w realizacji zamówienia. Zaangażowanie tego podmiotu w wykonanie zamówienia oznacza również faktyczną dostępność jego potencjału ekonomicznego przy realizacji zamówienia. Występuje więc stosowna sytuacja w przypadku tego konkretnego zamówienia, o której mowa w Dyrektywie 2004/18/WE.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania, a polegające na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie odwołującego z postępowania, pozbawiły go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym naraziły go na poniesienie szkody przez utratę zysku na skutek niezyskania zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający, w ramach uprawnienia wynikającego z art. 186 ust.1 ustawy, na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania odwoławczego złożył pismo Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowe zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu* i na jego podstawie wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo braku ustawowych przesłanek.

Izba ustaliła, że w ofercie Odwołującego na stronie 39 została złożona polisa nr 908502716283, gdzie ubezpieczony jest ZINSTAL-IZOL-GAZ Rafał Kaczor, z której treści wynika, że ubezpieczony jest w Wariancie 2 *OC związane z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia*, natomiast w rubryce *Rodzaj działalności, z którą związana jest ubezpieczona odpowiedzialność cywilna* podane zostało *Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych*. W załączonym do oferty Wniosku o zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (str. 40 i nast.) zawarte są te same informacje, które podane są w polisie.

W ocenie Izby, czynność Zamawiającego dotycząca oceny wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej Odwołującego w oparciu o zawartą w ofercie polisę nr 908502716283 dokonana została prawidłowo. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej:SIWZ) w punkcie 6 *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* w podpunkcie 6.1.4 lit. b) wymagał w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej złożenia 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 na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł a do polisy należało dołączyć dowód jej opłacenia. Z treści dokumentu jaki został przedstawiony w ofercie (polisa nr 908502716283, ubezpieczony ZINSTAL-IZOL-GAZ Rafał Kaczor) nie wynika aby Odwołujący był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej, co wynika jednoznacznie z dokumentacji postępowania, natomiast polisa jaką dołączył do oferty Odwołujący obejmuje swoim zakresem działalność Odwołującego polegającą na rozbiórce i burzeniu obiektów budowlanych. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu oraz podnoszonej na rozprawie, że polisa nr 908502716283 obejmuje swoim zakresem działalność Odwołującego objętą przedmiotem zamówienia. Z treści polisy jednoznacznie wynika, że rodzajem działalności, z którą związana jest ubezpieczona odpowiedzialność cywilna jest rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych. W żadnym punkcie polisy oraz wniosku o zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie został wymieniony żaden inny rodzaj działalności jaką wykonuje Odwołujący, nie znajduje się również nigdzie wskazanie, że podana w polisie działalność stanowi jeden z objętych polisą rodzajów działalności jakie wykonuje Odwołujący oraz nie znajduje się w żadnym miejscu odwołanie do rodzajów działalności jakie prowadzi Odwołujący a określonych w wypisie z ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu

danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że działalność Odwołującego polegająca na wykonywaniu instalacji wodno-kanalizacyjnych (do których się odwoływał w swojej argumentacji) objęta jest polisą nr 908502716283. Odniesienie się Odwołującego do faktu ubezpieczenia w Wariancie 2, wskazuje jedynie na to, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej związane jest z prowadzoną działalnością i posiadaniem mieniem z wyłączeniem odpowiedzialności cywilnej związanej z wprowadzaniem produktu do obrotu. Odwołujący nie wykazał, że przez odniesienie się do Wariantu 2 ubezpieczone są wszystkie rodzaje działalności Odwołującego w tym związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący, powołując się na ogólne warunki ubezpieczenia, z których miało wynikać, że ubezpieczenie obejmuje wszystkie rodzaje działalności Odwołującego nie przedstawił ich i nie potrafił wskazać konkretnego postanowienia. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że spełnia ukształtowane przez Zamawiającego wymagania w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia dokumentu 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 na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł do czego był obowiązany zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwała Odwołującego pismem z 29 maja 2012 roku do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy następujących dokumentów: zaświadczenia z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej dot. środków finansowych lub zdolności kredytowej Zbigniewa Juja, zam. ul. Morelowa 5 , Grodzisk Wilkp., dokumenty

stwierdzające, że podmiot biorący udział w realizacji zamówienia „ZINSTAL-IZOL-GAZ” Ferdynand Kaczor nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz dokumentów dotyczących tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, dokumenty - referencje wystawione firmie ZINSTAL-IZOL-GAZ Ferdynand Kaczor - potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Ferdynanda Kaczor, a nie przez Rafała Kaczor, jak to zostało uczynione w przypadku tych załączonych do oferty, złożenie wyjaśnienia w jaki sposób podmiot ZINSTAL-IZOL- GAZ Ferdynand Kaczor będzie brał udział w realizacji zamówienia i wykazanie, iż dysponuje on odpowiednimi zasobami.

W odpowiedzi Odwołujący złożył 31 maja 2012 roku wymagane przez Zamawiającego dokumenty oraz dodatkowo polisę OC nr 006167 gdzie ubezpieczonym jest ZINSTAL-IZOL-GAZ Ferdynand Kaczor.

Zamawiający dokonał badania złożonych dokumentów, w tym polisy OC nr 006167 i na tej podstawie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. W istocie swej problem sprowadza się do wyjaśnienia czy Zamawiający miał prawo wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu uwzględniając fakt, że oparł Zamawiający swoją ocenę na dokumentach, które wykonawca sam uzupełnił bez uprzedniego wezwania Zamawiającego a Zamawiający dokonał ich oceny i uznał, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z treści art. 26 ust. 3 ustawy wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek Zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca i Zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają Zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia. Ustawodawca wskazał bowiem enumeratywnie sytuacje, w których Zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów a dotyczą one jedynie okoliczności, gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, podlegałyby odrzuceniu.

Zamawiający w badanej sprawie wezwał Odwołującego jedynie do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy enumeratywnie wyliczonych w piśmie z 29 maja 2012 roku i nie wzywał Zamawiający do uzupełnienia 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 na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł.

Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający ma taki obowiązek, jednakże uprzednio musi zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że nadużyciem jest kilkukrotne wzywanie do złożenia danego oświadczenia lub

dokumentu, jednakże na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania jednokrotnie do uzupełnienia konkretnego dokumentu lub oświadczenia i obowiązku tego nie uchyla samodzielne złożenie przez wykonawcę jakichś dokumentów. To Zamawiający w wezwaniu do złożenia oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu określa i podaje czego mają dotyczyć dokumenty, w jakim terminie mają być uzupełnione. Tym samym niedopuszczalna jest taka interpretacja przez Zamawiającego przepisów, która zwalnia tego Zamawiającego z realizacji bezwzględnego obowiązku.

Zamawiający obowiązany jest do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakującego dokumentu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....
