

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez Max Bögl Polska Sp. z o.o. w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Wrocław, reprezentowane przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. we Wrocławiu,

przy udziale wykonawcy Zbigniewa Ziajka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Drogowe Ziajka Zbigniew” zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Max Bögl Polska Sp. z o.o. w Szczecinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Max Bögl Polska Sp. z o.o. w Szczecinie tytułem 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Wrocław, reprezentowane przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zadanie nr 03520 pn. „Budowę wału przeciwpowodziowego dla osiedla Kozanów we Wrocławiu. Przebudowa kolektora Odra - odcinek od komory K69 do komory K60”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 01.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 189-308447.

W dniu 29.12.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę złożoną przez Zbigniewa Ziajka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Drogowe Ziajka Zbigniew”.

W dniu 09.01.2012 r. Max Bögl Polska Sp. z o.o. w Szczecinie wniosła odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy – Zbigniewa Ziajka, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobą, która mogłaby pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy – Zbigniewa Ziajka, pomimo złożenia przez niego nieprawdziwych

informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczących dysponowania na dzień składania ofert osobą Pana Marcela Z., który mógłby pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy – Zbigniewa Ziajka, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
4. art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, co narusza także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z ww. zarzutami odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania Zbigniewa Ziajka i odrzucenie jego oferty;
- nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania oferty, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Nadto, na zasadzie art. 190 ust. 1 i 2 Pzp, wniesiono o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków:

- Edyty T., wezwanie na adres Odwołującego;
- Marcela Z. - wezwanie na adres: 42-224 Częstochowa, ul. Witosa 5 m74

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż stosownie do zapisu pkt 9.1.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - IDW wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli wykazać, że dysponują jedną osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych z co najmniej 2 letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz opisanymi w SIWZ uprawnieniami.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, Zbigniew Ziajka wskazał w swojej ofercie Pana Andrzeja D. W dniu 9 grudnia 2011 r. ww. wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, swojej oferty m. in. poprzez wykazanie, że Pan Andrzej D. posiada wymagane zapisami SIWZ uprawnienia. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca, pismem z dnia 19 grudnia 2011r., przedstawił nową osobę, która w jego ocenie spełnia wymagania SIWZ stawiane kierownikowi robót elektrycznych, stosownie modyfikując Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (wymienił osobę). Nową osobą wskazana w Wykazie był Pan Marcel Z.

Wykonawca sporządzając nowy Wykaz osób, w części dotyczącej Pana Marcela Z., w ostatniej kolumnie Wykazu zatytułowanej „Podstawa dysponowania” wskazał cyt.: „Zasób kadrowy Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe - praca na umowę zlecenia”.

Wykonawca wskazując na taką samą podstawę do dysponowania w odniesieniu do innych osób wymienionych w Wykazie, np. odnośnie p. Jolanty R., jednocześnie załączał do oferty oświadczenie danej osoby o podjęciu współpracy. Oświadczenia takiego w odniesieniu do Pana Z., Wykonawca nie załączył. Okoliczność ta wzbudziła wątpliwości Odwołującego. W tej sytuacji pracownik Odwołującego - Pani Edyta T. skontaktowała się z zamawiającym, dla którego realizowana jest inwestycja wskazaną w ofercie Wykonawcy jako zadanie obecnie wykonywane przez p. Z. - z Miastem Częstochowa - i uzyskała numer kontaktowy do p. Z. W dniu 03.01.2012r. Pani Edyta T. skontaktowała się telefonicznie z p. Z. (numer telefonu: 600 972 314) i w toku rozmowy telefonicznej uzyskała informację, iż p. Z. nigdy nie był zatrudniony w firmie Ziajka, ani na umowę zlecenie ani na umowę o pracę, ale owszem firma, w której pracuje ma kontakty z firmą Ziajka i być może to oni udostępniłi jego osobę. Pan Z. nie wiedział więc o tym, że został wskazany w ofercie Wykonawcy jako osoba mogąca pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych. Pani Edyta T. skontaktowała się również z firmą zatrudniającą obecnie p. Z. -Kromiss-bis, ale osoby, z którymi rozmawiała nie były w stanie jednoznacznie potwierdzić, czy p. Z. został udostępniony Wykonawcy jako potencjał tej firmy.

Dowód: oświadczenie Edyty T. z dnia 09.01.2012 r., zeznania świadka Edyty T., zeznania świadka Marcela Z..

Przebieg powyżej opisanej rozmowy telefonicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a Panem Marcelem Z. potwierdza, iż informacja o dysponowaniu jako potencjałem własnym, tj. w oparciu o umowę zlecenia, która znalazła się w wyjaśnieniach Wykonawcy jest nieprawdziwa, a to z kolei oznacza, iż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Złożenie nieprawdziwej informacji, co wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, iż z nieprawdziwymi informacjami mamy do czynienia, kiedy informacje prezentują stan inny, niż w rzeczywistości (tak przykładowo KIO w wyroku z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt KIO 706/11), a tak jest właśnie w niniejszej sprawie. Oświadczenie o dysponowaniu osobą, za pomocą której wykazuje się spełnienie warunku udziału w postępowaniu, uznać należy nadto za istotną informację, której nieprawdziwość ma wpływ na wynik postępowania.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza się wprost, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie przewiduje żadnych okoliczności wyłączających odpowiedzialność wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji, w szczególności zaś nie wiąże tej odpowiedzialności z winą wykonawcy. I tak: W wyroku z dnia 04.01.2011 r., sygn. akt KIO 2731/10; 2732/10, Izba wskazała wprost, iż „nie ma znaczenia, czy nieprawdziwe informacje albo dokumenty zostały „sporządzone” przez wykonawcę, czy też przez inne osoby, ani jaki był stopień zawinienia tego wykonawcy (...) skoro zostały one złożone przez wykonawcę wraz z ofertą, to on ponosi za nie odpowiedzialność”. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 06.08.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1550/10: „nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością”. Natomiast w wyroku z dnia 25.06.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1178/10, Izba kładzie nacisk na to, iż wykonawcy zobowiązani są do przygotowania dokumentów z należytą, a wręcz szczególną starannością.

Okoliczności, z powodu których, nieprawdziwa informacja odnośnie dysponowania przez Wykonawcę osobą Pana Marcela Z. znalazła się w wyjaśnieniach do oferty, jest więc z prawnego punktu widzenia obojętne. Skoro zaś Wykonawca złożył

nieprawdziwe informacje w swojej ofercie to nie jest uprawniony obecnie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 06.08.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1578/10). Niedopuszczalne jest bowiem zastępowanie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi (np. KIO w wyroku z dnia 22.12.2010r., sygn. akt KIO/UZP 2656/10).

Z daleko posuniętej ostrożności, tj. na wypadek przyjęcia przez Wykonawcę stanowiska, iż dysponował on osobą Pana Marcela Z. na dzień składania ofert, zaś w wyjaśnieniach jedynie błędnie wskazano podstawę dysponowania - potencjał własny, zamiast potencjału podmiotu trzeciego (firmy zatrudniającej obecnie Pana Z.), odwołujący wskazał, iż także w tej sytuacji Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Do wyjaśnień z dnia 19.12.2011 r. Wykonawca nie załączył bowiem oświadczenia osoby trzeciej o udostępnieniu potencjału, a wobec wyczerpania już względem Wykonawcy procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca oświadczenia tego nie mógłby obecnie uzupełnić.

Następnie odnośnie drugiego zarzutu odwołania wskazano, iż stosownie do pkt 9.1.3.3. SIWZ - IDW - wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli wykazać, że posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 15.000.000 zł. Przedmiotem niniejszego zamówienia, co z kolei wynika z pkt 4 SIWZ- IDW, jest budowa wału przeciwpowodziowego (budowli hydrotechnicznej), zaś wśród zleconych prac dominować będą roboty budowlane hydrotechniczne.

Na tej zasadzie ubezpieczenie Wykonawcy obejmujące wyłącznie działalność Wykonawcy w zakresie „robót lądowo -inżynierskich" (str. 246 i nast. oferty) uznać należy za niewystarczające na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jak zauważył Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14.07.2011r., sygn. Akt X Ga 213/11: „faktycznie pozyskanie ubezpieczenia pokrywającego się z przedmiotem zamówienia ma na celu przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru

zobowiązań wpływających negatywnie na działalność ubezpieczonego lub których on sam nie mógłby udźwignąć nie narażając jej na szwank. Wobec tego ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do ustalenia, czy wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego. Każdy inny cel takiej oceny przeczyłby istocie ubezpieczenia OC, a także celowi, jakiemu służą warunki udziału w postępowaniu. (...) Celem przedłożenia takiej polisy nie jest -jak to twierdzi KIO - sprawdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia, bowiem zdolność ekonomiczna i finansowa rozumiana jako możliwość udźwignięcia określonych ciężarów finansowych (zwłaszcza zdolność kredytowa) jest weryfikowana poprzez inny warunek określony przez zamawiającego a dotyczący możliwości finansowych realizacji przedmiotu zamówienia."

W świetle powyższych wywodów Sądu, zakres posiadanego przez Wykonawcę ubezpieczenia ma znaczenie i nie objęcie tym ubezpieczeniem podstawowego zakresu prac składających się na przedmiot zamówienia, nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym zacytowano treść adekwatnych warunków udziału w postępowaniu, dotychczasowy przebieg postępowania, w tym sposób wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zbigniewa Ziajka, co zostało zreferowane powyżej.

Zgodnie z pkt 2 Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie wału przeciwpowodziowego z przebudową kolidującej

infrastruktury, a także budowa infrastruktury towarzyszącej takiej jak droga serwisowa, przejazdy na skrzyżowaniach z drogami lokalnymi, połączenia z ciągami komunikacyjnymi, przebudowa kolektora ODRA...itd., z wszelkimi robotami towarzyszącymi (pkt 3 – Zakres robót).

Polisa ubezpieczenia OC wystawiona przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A. w Warszawie, załączona do oferty Zbigniewa Ziajka (karta 246 i n. oferty) jako ubezpieczoną działalność wskazywała m.in.: 1. Roboty lądowo-inżynieryjne, a w szczególności: budowa dróg, autostrad, obiektów sportowych, budynków usługowo-handlowych (w przypadku prowadzenia innej działalności niż wymieniona każdorazowo zgłaszane będą kontrakty Ubezpieczycielowi w celu akceptacji na pokrycie ochroną ubezpieczeniową).

Robót hydrotechnicznych w polisie nie wymieniono.

Izba uwzględniła i oceniła dowody przedstawione przez uczestników postępowania:

1. Oświadczenie p. Edyty T. z dnia 9 stycznia 2012 r. załączone do odwołania.
2. Oświadczenie p. Edyty T. – Informacja do sprawy KIO 62/12 – złożone przez odwołującego na rozprawie.
3. 3 oświadczenia: p. Jana S., p. Andrzeja D., p. Jerzego B. w sprawie udostępnienia firmie Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe potencjału złożone w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.
4. Billing rozmów telefonicznych wystawiony przez Polkomtel S.A. przesłany p. E.T. w dniu 17 stycznia 2012 r. złożony przez odwołującego na rozprawie.
5. Billing rozmów telefonicznych wystawiony przez TP S.A. przesłany p. E.T. w dniu 16 stycznia 2012 r. złożony przez odwołującego na rozprawie.
6. Oświadczenie p. Marcela Z. z dnia 14 listopada 2011 r., iż zobowiązuje się do zawarcia umowy zlecenia z p. Zbigniewem Ziajka dotyczącej udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.
7. Pismo T.U. HDI Asekuracja z dnia 11 stycznia 2012 r. potwierdzające, iż ww. polisa obejmuje ochroną ubezpieczeniową prace związane z przedmiotem

niniejszego zamówienia, załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

W dalszej kolejności podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zgodnie z pkt 3 tego przepisu z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Tak też dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego

przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywał na odwołującym.

Należy przy tym podkreślić wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez jakiegokolwiek wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania dyspozycji ww. przepisu i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym, w ślad za powołanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie należy podkreślić wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwych do zinterpretowania wątpliwości na korzyść wykonawcy, którego tego typu zarzuty dotyczą.

Tymczasem z całokształtu materiału dowodowego przedstawionego w sprawie wzmiankowana pewność, co do podania nieprawdziwych informacji, nie wynikała.

W rozpatrywanym przypadku należało zestawić pisemne oświadczenie Marcela Z. o zamiarze zawarcia umowy zlecenia z wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu, które potwierdzało sposób wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Ziarka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe, z oświadczeniem/relacją p. Edyty T., na temat przebiegu jej rozmów telefonicznych z p. Marcelem Z. oraz przedstawicielami jego pracodawcy. Z jednej strony jest to konkretne i jednorodne oświadczenie, datowane przed składaniem ofert, którego treść przesądza o możliwości posłużenia się potencjałem składającej jej osoby przez wykonawcę, a z drugiej strony relację zaangażowanego w sprawę pracownika odwołującego, który jak wynika z treści jego oświadczenia: wywiera presję na

interlokutora, poucza i przestrzega do przed określonymi działaniami, a potem interpretuje i ocenia oświadczenie przedstawione przez przystępującego.

Nie tworząc żadnej legalnej teorii oceny dowodów, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp prowadzone jest na piśmie, należy przyznać prymat oraz większą wiarygodność podpisanym zobowiązaniom lub oświadczeniom woli, z których konkretną podpisaną treścią można przede wszystkim się zapoznać i następnie jej znacznie ocenić, a nie relacjom, czy nawet przyjmując, iż relacje te są wiarygodne, treści relacjonowanych, nieoficjalnych rozmów. Treść rozmowy, zwłaszcza telefonicznej i odbywanej w takim kontekście jaki miał miejsce w tym przypadku, jest nazbyt ulotna, aby posłużyć do obalenia treści czy datowania dokumentu prywatnego. Pan Marcel Z. mógł w prywatnej rozmowie, z różnych powodów, opowiedzieć p. Edycie T. niemal wszystko, a poza tym ona na różny sposób mogła to zrozumieć.

W związku z powyższym opierając się na oświadczeniu p. Marcela Z. dołączonym do przystąpienia, Izba nie potwierdziła zarzutu podania nieprawdy i niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez p. Zbigniewa Ziajka.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, tj. braku prawidłowej polisy zgodnej z wymaganiami zamawiającego, Izba stwierdziła, iż również ten zarzut jest niezasadny.

W sprawie tzw. podmiotowych warunków udziału w postępowaniu art. 22 ust. 1 ustawy stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość

zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

W myśl § 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1870), wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, zamawiający może żądać przedstawienia od wykonawcy 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.

Powyższe przepisy przesądzają o powiązaniu żądania przedstawienia polisy OC z instytucją warunków udziału w postępowaniu, czyli weryfikacją podmiotowych cech wykonawcy, decydujących o jego dopuszczeniu do ubiegania się o udzielenie danego zamówienia.

Za nietrafny należy uznać pogląd nakazujący w polisie żądanej na podstawie przepisów ww. rozporządzenia i przedkładanej jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, upatrywać ubezpieczenia wykonania przedmiotu zamówienia objętego danym zamówieniem. Polisa jest w danym przypadku dowodem zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności, pozytywnej weryfikacji ubezpieczonego przez ubezpieczyciela i udźwignięcia ciężarów z tym związanych. Generalnie polisy OC na polskim rynku ubezpieczeń zawierane są na okresy roczne i co roku odnawiane, a w przypadku dużych robót budowlanych polisy przedkładane w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przeważnie kończą się przed zakończeniem tych robót, a często wygasają nawet przed ich rozpoczęciem czy zawarciem umowy w sprawie zamówienia.

Dla żądania ubezpieczenia OC dla wykonania jego kontraktu, zamawiający powinien sformułować stosowne wymagania umowne lub inne postanowienia siwz, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosownej umowy ubezpieczeniowej. Za niedające się pogodzić z zasadami wynikającymi z art. 7 Pzp należy natomiast uznać żądanie takiej polisy (lub tego typu interpretowanie takich wymogów) i ponoszenia kosztów z tym związanych, od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, z których większość nie uzyska danego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż postulowane w przepisach rozporządzenia i postanowieniach siwz powiązanie przedmiotu ubezpieczenia, zakresu prowadzonej działalności oraz przedmiotu zamówienia, ma w tym przypadku miejsce (przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko roboty hydrotechniczne czy hydrologiczne, ale również prace z zakresu inżynierii lądowej wprost w polisie wskazane), należało uznać przedstawioną przez Zbigniewa Ziajka polisę za wystarczająco potwierdzającą spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wskazane w § 1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia oraz w postanowieniach siwz „powiązanie” nie może być w tym przypadku interpretowane jako wymaganie pełnego ubezpieczenia przedmiotu zamówienia

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: