

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 roku przez wykonawcę U..... K..... – J..... Ekolas Firma Handlowo – Usługowa ulica Sławięcicka 4, 47246 Kotlarnia w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (Rejon Opole) ulica Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

orzeka:

1. Uwzględnić 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.

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (Rejon Opole) ulica Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę U..... K..... – J..... Ekolas Firma Handlowo – Usługowa ulica Sławięcicka 4, 47246 Kotłarnia tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (Rejon Opole) ulica Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole na rzecz wykonawcy U..... K..... – J..... Ekolas Firma Handlowo – Usługowa ulica Sławięcicka 4, 47246 Kotłarnia kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Opolu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Częstochowskie Skarb Państwa - Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (Rejon Opole) ulica Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Interwencyjne usuwanie i utylizację martwych zwierząt z dróg krajowych nr 39, 45, 46, 46a, 88, 94, 94c, będących w administracji GDDKiA O/Opole Rejon w Opolu w latach 2012/2014* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 236320 z 5 lipca 2012 roku.

7 sierpnia 2012 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”). Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem załączona polisa ubezpieczeniowa obejmuje swoim zakresem, zgodnie z opisanym w niej wariantem II – OC z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę, nie potwierdza to w ocenie Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

10 sierpnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 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”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez bezpodstawne wykluczenie w sytuacji, gdy nie wystąpiły okoliczności w nim określone,
- 2) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wybory najkorzystniejszej oferty, powtórzenie

czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego, dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego oraz zasądzenie od Zamawiającego na naszą rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Postępowanie prowadzone jest w procedurze właściwej dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego spośród wszystkich złożonych ofert, w rankingu punktowej oceny, przy zastosowaniu kryterium oceny ofert określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (najniższa cena), zajmuje pierwszą pozycję. Zamawiający tymczasem dokonał wykluczenia naszej oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a następnie uznał ofertę za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, wskazując *treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z pkt. 7.2.4 SIWZ Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość co najmniej 50 000,00 zł. Do oferty złożonej przez firmę Handlowo - Usługową EKOLAS U..... K..... – J.... (...) była załączona polisa ubezpieczeniowa zawarta z ubezpieczycielem w zakresie oc z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę.* Nadto Zamawiający zarzucił, iż w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca uzupełnił dokument w formie aneksu do umowy ubezpieczeniowej na czas wskazany przez zamawiającego, jednakże aneks ten był zawarty w dniu 16 lipca 2012 roku, czyli później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 13 lipca 2012 roku. Na skutek tych wadliwych czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Stanowi to w ocenie Odwołującego naruszenie jego interesu prawnego przez nieuzasadnione pozbawienie zamówienia, a tym samym utratę korzyści wynikających z jego realizacji.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zawiadomieniem z 7 sierpnia 2012 roku Odwołujący uzyskał informację, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez: Gabinet Weterynaryjny lek. wet. J..

P....., ul. Opolska 32, 47-100 Strzelce Opolskie oraz, że Odwołujący został wykluczony z postępowania a jego oferta uznana za odrzuconą .

Odwołujący do oferty dołączył opłaconą polisę dotyczącą w szczególności ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę na kwotę 200 000,00 zł. Polisa ta, zdaniem odwołującego odpowiada wymaganiu Zamawiającego, tj. potwierdza, że *wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia* na kwotę 50 000,00 zł, a tym samym jest spełniony warunek, o którym mowa w pkt 7.2.4 SIWZ. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę, a tymczasem, jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wyłącznie odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę stało się błędną podstawą uznania przez Zamawiającego, iż polisa przedstawiona w ofercie Odwołującego nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej określonej w pkt 7.2.4 SIWZ. Powyższą argumentację potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a w szczególności wyrok z dnia 11 maja 2009 sygn. akt KIO/UZP 542/09 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2009 syng. akt KIO/UZP 161/09, wyrok z dnia 15 czerwca 2009 syng. akt KIO/UZP 682/09 oraz 26 marca 2009 syng. akt KIO/UZP 315/09.

Zamawiający zawarł zastrzeżenie odnośnie treści polisy we wzorze umowy (§ 6 pkt. 1), lecz zastrzeżenie to wskazuje jedynie, że: *Umowy ubezpieczenia nie mogą zawierać klauzuli wykluczającej wypłaty odszkodowania za zobowiązania wobec Skarbu Państwa*. Przedstawiona przez Odwołującego w ofercie polisa takiego zastrzeżenia nie zawiera. Zdziwienie nasze zatem wzbudziło wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy 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. Zważywszy, że na tym etapie przy wartości zamówienia mniejszej od progu wynikającego z art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie na tę czynność nie przysługiwało, z ostrożności procesowej złożyliśmy aneks do naszej polisy, który jednakże niczego do sprawy nie wnosił, chociażby był wystawiony przed upływem terminu składania ofert. Nadto należy podkreślić, że jak wynika z treści SIWZ, a w szczególności ze wzoru umowy, Zamawiający nie oczekiwał udzielenia gwarancji za wykonaną usługę, a więc bezprzedmiotowe również było oczekiwanie aby polisa obejmowała odpowiedzialność za wykonaną usługę, skoro przedmiot zamówienia nie

obejmował fazy po wykonaniu usługi. Nasza polisa zatem spełnia wymóg Zamawiającego, ponieważ jest zgodna z przedmiotem zamówienia dotycząc odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności. Reasumując, treść naszej oferty w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezpodstawne, jak wyżej wykazaliśmy wykluczenie oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i jej odrzucenie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy tj. pomimo, że nie wystąpiły przesłanki warunkujące jego zastosowanie, w sytuacji gdy te czynności miały istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ efektem tego jest pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, pomimo że oferta przedstawia najniższą cenę i faktycznie nie podlega odrzuceniu, przesądza również o nierównym traktowaniu uczestników postępowania, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Tym samym Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5, oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, stanowić będzie naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyżej wskazane okoliczności czynią niniejsze odwołanie koniecznym, a wnioski zgłoszone na wstępie są zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, 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 10 sierpnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

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. Izba dopuściła w postępowaniu dowód złożony przez Odwołującego – wyciąg z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej złożony na okoliczność wykazania, że przedmiotem działalności Odwołującego jest m.in. działalność określona w PKD 38.22.Z. Izba, na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy, dopuściła dowód z wyciągu z Ogólnych Warunków Ubezpieczenia WARTA EXTRABIZNES PLUS z 13 lutego 2012 roku w zakresie paragrafu 45 i 46 tych warunków oraz polisę numer 908503957151, gdzie ze strony drugiej polisy wynika, że ubezpieczony zapoznał się z treścią Ogólnych Warunków Ubezpieczenia WARTA EXTRABIZNES PLUS z 13 lutego 2012 roku.

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 uwzględni 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 Zmawiającemu 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 15 została złożona polisa nr 908503957151, gdzie ubezpieczonym jest Firma Handlowo – Usługowa „EKOLAS”, z której treści wynika, że ubezpieczony jest w Wariancie II OC *związane z prowadzeniem działalności i posiadaniem mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonywaną usługę.*

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 16 lipca 2012 roku wezwał Odwołującego, w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy do złożenia *opłaconej polisy (...)* w uzasadnieniu faktycznym wezwania podając, że *W Waszej ofercie polisa ubezpieczeniowa zawarta z TUiR*

Warta S.A. dotyczy wariantu II tj. OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę. Zatem w przypadku wadliwie wykonanej usługi jaką jest przedmiot zamówienia polisa ubezpieczeniowa nie obejmuje i w konsekwencji nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie . W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył Aneks Nr 1 polisy 908503957151, który wprowadza do polisy zmiany z dniem 16 lipca 2012 roku. Termin składani ofert upłynął 13 lipca 2012 roku.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił w pkt 7.2.4 *Sytuacja ekonomiczna i finansowa*, że: *Wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość co najmniej 50 000,00 zł. W pkt 8.2.3 Zamawiający określił dokument jaki ma złożyć wykonawca opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej przedmiotem zamówienia.*

Reasumując, w oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy, należy stwierdzić, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, bowiem ten ostatni nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dlatego, że posiadane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wariantcie II – *OC z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę* - nie jest ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia.

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 908503957151 z uwagi na to, że *polisa obejmuje swoim zakresem zgodnie z opisanym w niej wariantem II – OC z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę*, stąd też zdaniem Zamawiającego *nie potwierdza spełnienia warunków w zakresie ubezpieczenia* (z uzasadnienia faktycznego Zamawiającego) dokonana została przez Zamawiającego nieprawidłowo.

Rozpoznając istotę sprawy należy uwzględnić postanowienia Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Warta Extrabiznes Plus z 13 lutego 2012 roku (dalej: OWU), które zgodnie z doktryną stanowią wzorce umowne w rozumieniu art. 384 §1 Kodeksu cywilnego. *Wzorzec, w tym także ogólne warunki ubezpieczenia, nie jest częścią umowy, lecz kwalifikowanym oświadczeniem woli, kształtującym treść stosunku prawnego poza konsensem* (Edward Gniewek (Redaktor) Komentarz – Kodeks cywilny, wydanie 4, Wydawnictwo C.H. Beck, str. 1332).

Zgodnie z OWU w § 46:

1. *WARTA obejmuje ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialność cywilną Ubezpieczającego jeżeli w związku z posiadaniem mienia lub prowadzeniem ubezpieczonej działalności jest on zobowiązany do naprawienia szkody osobowej lub szkody rzeczowej poniesionej przez osobę trzecią.*
2. *Odpowiedzialność cywilna Ubezpieczającego, o której mowa w ust. 1, obejmuje zarówno odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych (tzw. odpowiedzialność cywilna deliktowa) jak i odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (tzw. odpowiedzialność cywilna kontraktowa).*
3. *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej może zostać zawarte w dwóch wariantach:*
 - 1) *Wariant I – w zakresie wynikającym z ust.1*
 - 2) *Wariant II- w zakresie wynikającym z ust. 1, jednakże z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę.*

§ 45 Definicje

Wyłącznie na potrzeby niniejszego Działu (tj. Działu IV OWU Ubezpieczenie Odpowiedzialności Cywilnej), przez użyte w nich pojęcia należy rozumieć: (...)

2.Odpowiedzialność za produkt i wykonaną usługę – odpowiedzialność za szkody osobowe lub szkody rzeczowe wyrządzone wadą produktu lub dostarczeniem przez Ubezpieczającego produktu innego niż uzgodniono, w tym również powstałe na skutek błędnego doradztwa dotyczącego zastosowania dostarczonego produktu, jak również odpowiedzialność za szkody wyrządzone wadliwym wykonaniem przekazanych odbiorcy prac lub usług.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał aby wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość

co najmniej 50 000,00 zł. Tak więc, do spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku niezbędne było wykazanie posiadania ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, Zamawiający nie określił rodzaju odpowiedzialności (deliktowa czy kontraktowa i w jakim zakresie) jaki ma obejmować ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności jakim ma wykazywać się wykonawca.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, tym samym spełnia warunek udziału w postępowaniu bowiem posiadanie tego ubezpieczenia w Wariancie II nie powoduje, że posiadane ubezpieczenie nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Istota ubezpieczenie w Wariancie II sprowadza się do wyłączenia pewnego, określonego w tym wariantcie, zakresu odpowiedzialności kontraktowej lecz nie do wyłączenia odpowiedzialności w ogóle. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana przez Zamawiającego w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez niego wymagań w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, niedopuszczalna jest na etapie weryfikacji oferty dowolna interpretacja postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego. Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Między innymi weryfikacji takiej dokonuje na podstawie złożonych przez Zamawiającego wraz z ofertą dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których to ocena następuje w oparciu o ukształtowany i zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani przez ich zliberalizowanie ani przez ich interpretowanie ponad to co było zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Działanie takie stanowi zmianę, swego rodzaju dopasowanie odpowiednio opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu do złożonych wraz z oferta dokumentów lub dopasowanie ukształtowanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków do faktycznych niedookreślonych wcześniej wymagań Zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października

2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08). Dopasowywanie wymagań Zamawiającego na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09). Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza powyżej wskazane zasady, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, nieznaną wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty.

Nie znajduje uzasadnienia argumentacja podnoszona na rozprawie przez Zamawiającego, że w polisie jest wskazane inne PKD oraz brak jest drugiej strony polisy, a także, że brak jest potwierdzenia opłacenia tej polisy. Polisa nie potwierdziła warunku określonego przez Zamawiającego i nie potwierdziło go też uzupełnienie z uwagi na przekroczenie terminu składania ofert. Argumenty jakie podniósł na rozprawie Zamawiający nie stanowiły podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania - Zamawiający nie podał tej argumentacji w piśmie z 7 lipca 2012 roku (tych argumentów do dnia rozprawy nie było). Podkreślić należy, że uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (porównaj wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu określenie w piśmie informującym o wykluczeniu z postępowania tylko jednej podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzi do wniosku, że tylko ta przyczyna stanowiła faktyczną podstawę czynności Zamawiającego i Odwołując w odwołaniu podnosi naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności w oparciu o podane przez Zamawiającego przyczyny faktyczne. Pamiętać należy, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10).

Należy zaznaczyć, że pismem z 16 lipca 2012 roku Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie artykułu 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 - do złożenia opłaconej polisy (...) w uzasadnieniu faktycznym wezwania podając, że W Waszej ofercie polisa ubezpieczeniowa zawarta z TUiR Warta S.A. dotyczy wariantu II tj. OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę. Zatem w przypadku wadliwie wykonanej usługi jaką jest przedmiot zamówienia polisa ubezpieczeniowa nie obejmuje i w konsekwencji nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, złożył Aneks Nr 1 do polisy 908503957151, który wprowadza do polisy zmiany z dniem 16 lipca 2012 roku. Wezwanie Zamawiającego było precyzyjne i podawało faktyczną przyczynę (zakres ubezpieczenia Wariant II) jaka stanowiła w ocenie Zamawiającego o tym, że złożona polisa nie stanowi dokumentu, który potwierdzałby spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający wskazał więc Odwołującemu, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie dokumentu. Uwzględnwszy fakt, że Izba uznała, że polisa OC w Wariacie II spełnia wymagania Zamawiającego określone w warunku udziału w postępowaniu w punkcie 7.2.4 SIWZ, fakt uzupełnienia dokumentu w postaci Aneksu Nr 1 do polisy 908503957151, który wprowadza zmiany z dniem 16 lipca 2012 roku w zakresie zarzutu rozpoznawanej sprawy nie ma znaczenia dlatego, że pierwotnie złożona polisa w zakresie ubezpieczenia Wariantu II potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Izba wskazuje, że w zakresie badania i oceny oferty Zamawiający ponownie dokona badania polisy, czyli uprawniony będzie, w przypadku, gdy zaistnieje taka

konieczność, do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w zakresie innym niż dotychczas był wzywany.

Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”*. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. 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 i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 ustawy). W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

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 Izbę 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 cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby, lub choć uprawdopodobnił zasadność twierdzeń Zamawiającego. Odwołujący natomiast wskazał, że wyłączenie w zakresie Wariantu II nie powoduje, że Odwołujący nie posiada ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i nie włącza posiadania tego ubezpieczenia w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia. Złożony przez Odwołującego dowód tj. wyciąg z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej złożony na okoliczność wykazania, że przedmiotem działalności Odwołującego jest m.in. działalność określona w PKD 38.22.Z nie ma znaczenia dla istoty sprawy, bowiem pomiędzy Stronami nie był sporny zakres działalności gospodarczej Odwołującego. Izba dopuściła na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy – *Izba może dopuścić dowód niewskazany przez stronę* wyciąg z Ogólnych Warunków Ubezpieczenia WARTA EXTRABIZNES PLUS z 13 lutego 2012 r. w zakresie paragrafu 45 i 46 tych warunków oraz kopię polisy nr: 908503957151 (2 strony).

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: