

Sygn. akt: KIO 2279/10

WYROK

z dnia 29 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę - **Roberta Staniszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany „GIPS – SERVICES” Robert Staniszewski, 95-100 Zgierz, ul. Łódzka 84/213** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i modernizacja Oddziału Intensywnej terapii i Anestezjologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35 w oparciu o Dokumentację Projektową i Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót”, prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej – Curie w Zgierzu, 95-100 Zgierz, ul. Parzęczewska 35,**

przy udziale wykonawcy - **Jan Trawczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JLT Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, 95-054 Ksawerów, ul. Handlowa 53** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Roberta Staniszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany „GIPS – SERVICES” Robert Staniszewski, 95-100 Zgierz, ul. Łódzka 84/213 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Roberta Staniszewskiego prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany „GIPS – SERVICES” Robert Staniszewski, 95-100 Zgierz, ul. Łódzka 84/213.

Pouczenie:

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 20 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę - Robert Staniszewski - Zakład Remontowo - Budowlany „GIPS - SERVICE” Robert Staniszewski ze Zgierza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i modernizacja Oddziału Intensywnej terapii i Anestezjologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35 w oparciu o Dokumentację Projektową i Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót”, prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny” im. Marii Skłodowskiej Curie ze Zgierza i dotyczy czynności polegających na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego i naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w wyniku bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołanie dotyczy także naruszenia przepisów art. 87 ust 1 oraz art. 26 ust 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy PZP - poprzez ich nie zastosowanie i nie wezwanie firmy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JLT” Jan Trawczyński do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów pozwalających na ocenę spełnienia warunków udziału tej firmy w postępowaniu, wobec istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do posiadania przez tą firmę uprawnień do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JLT” Jan Trawczyński pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty, jako najkorzystniejszej. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł (zgodnie z przedłożoną kopią umowy o świadczenie pomocy prawnej) oraz pozostałymi kosztami zgodnie z wyliczeniem, jakie zostanie przedstawione na rozprawie. W zakresie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył w postępowaniu swoją ofertę i jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia. W przypadku gdyby w trakcie postępowania potwierdziły się zarzuty przywołane w odwołaniu a dotyczące wadliwego wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej - oferta Odwołującego, która obecnie jest drugą w kolejności ofertą - wg przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert,

jakim jest cena - stałaby się tym samym ofertą najkorzystniejszą i Odwołujący mógłby osiągnąć zamierzony cel, jakim jest realizacja zamówienia. Wskutek bezpodstawnego odrzucenia złożonej przez niego oferty, Odwołujący został pozbawiony możliwości skutecznego skorzystania z uprawnienia, jakie przysługuje wykonawcom zgodnie z art. 181 ustawy, Pzp tj. złożenia w sposób formalny informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, a polegającej na wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JLT” Jan Trawczyński (w skrócie firmy „JLT”), jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której zdaniem Odwołującego firma ta winna być wykluczona z postępowania a oferta podlegać odrzuceniu. W przypadku potwierdzenia się stawianych temu wykonawcy zarzutów i wykluczenia tej firmy z postępowania, oferta Odwołującego byłaby w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w świetle określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Podał także, że Odwołujący w dniu 11.10.2010r. złożył Zamawiającemu pismo wskazujące na zauważone wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń zawartych w ofercie firmy „JLT” a dotyczące złożonego przez wykonawcę oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust 1 pkt 1 Ustawy PZP) tj. złożenia oświadczenia, co do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania”. Z posiadanych informacji wynika, że firma „JLT” nie posiada jednak stosownych uprawnień do wykonania części zamówienia w zakresie instalacji gazów medycznych. Jednocześnie wykonawca ten oświadczył w formularzu oferty, iż całość zamówienia wykona własnymi siłami, bez udziału podwykonawców. Tym samym Wykonawca nieposiadający w rzeczywistości stosownych uprawnień do wykonania takiej instalacji nie jest w stanie samodzielnie wykonać całości zamówienia. Oświadczając Zamawiającemu, iż posiada wszystkie niezbędne uprawnienia wymagane przepisami prawa tym samym złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i z tej przyczyny winien być wykluczony z postępowania. Dodał także, iż w analogicznej sytuacji firma „JLT” została z tego samego powodu wykluczona w dniu 06.01.2010r. z innego postępowania o nr WSSz/NZP/06/10, jakie zostało przeprowadzone przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi. Zamawiający nie odniósł się do przytoczonej w piśmie z dnia 11.10.2010r. argumentacji i zdaniem Odwołującego - bezzasadnie zaniechał wezwania firmy „JLT” do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów pozwalających na wykazanie spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym naruszył art. 87 ust 1 oraz art. 26 ust 3 jak również art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślił, że odrzucenie oferty Odwołującego pozbawia go całkowicie szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, w której firma „JLT” odmówiłaby podpisania umowy lub nie wniosła wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy a zatem gdyby spełnione zostały przesłanki

do wyboru oferty innego wykonawcy, na jakie wskazuje art. 94 ust 3 Ustawy PZP. Sytuacja powyższa jest realna wobec faktu, iż firma „JLT” zdaniem Odwołującego nie ma uprawnień do samodzielnego zrealizowania całości zamówienia publicznego a tym samym istnieje uzasadnione przypuszczenie, że nie uzyska gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej należyte wykonanie umowy, do której wniesienia firma „JLT” zobowiązała się w swojej ofercie.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, podał, że z powiadomienia wynika, że zdaniem Zamawiającego z załączonej polisy OC oraz ogólnych warunków ubezpieczenia wynika, iż polisa ta nie obejmuje swoim zakresem podwykonawców. Dalej wskazał, że warunek posiadania i przedłożenia polisy OC został przez Zamawiającego sformułowany w pkt 2.4.2 SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie ze, SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: „2.4.2. posiadają aktualne na dzień otwarcia ofert ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie przedmiotu zamówienia wraz z klauzulami dotyczącymi odpowiedzialności za działania podwykonawców (w przypadku wskazania podwykonawców) z minimalną sumą gwarancyjną - 200.000,00 złotych (dwieście tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia. Do polisy należało załączyć dowód terminowego opłacenia składki oraz Ogólne Warunki Ubezpieczenia. Odwołujący omyłkowo załączył do oferty nieaktualne Ogólne Warunki Ubezpieczenia, na co zwrócił uwagę Zamawiający wzywając Odwołującego pismem z dnia 13.10.2010 R. do uzupełnienia dokumentów, poprzez załączenie właściwych OWU. Odwołujący uzupełnił powyższy brak we wskazanym terminie, jednocześnie oświadczając w piśmie z dnia 15.10.2010r. (w załączeniu), iż polisa OC obejmuje swoim zakresem podwykonawców na pełną sumę ubezpieczenia tj. kwotę 4.000.000,00 zł. W związku z przedstawionym przez Zamawiającego argumentem uzasadniającym odrzucenie oferty wykonawca zwraca uwagę na następującą kwestię. Ochrona na wypadek szkód wyrządzonych przez podwykonawców, udzielana jest przez niektórych ubezpieczycieli w ramach odrębnej klauzuli, a przez innych w zakresie podstawowym. Technika włączenia odpowiedzialności ubezpieczycieli za działania podwykonawców jest, zatem różna. Często można spotkać zasadę zgodnie, z którą ubezpieczyciel w ramach wyłączeń z zakresu swojej odpowiedzialności wskazuje w OWU na działania podwykonawców i jednocześnie za zapłatą dodatkowej składki umożliwia wykupienie dodatkowej klauzuli w celu włączenia do ubezpieczenia tego ryzyka. Stosowanie odrębnych klauzul dodatkowych i dodatkowo płatnych może polegać przy tym bądź na włączeniu odpowiedzialności ubezpieczyciela z prawem regresu lub bez prawa regresu. W przypadku, gdy ubezpieczyciel nie wyłącza swojej odpowiedzialności za działania podwykonawców to i tak nie pokrywa wszystkich szkód wyrządzonych przez podwykonawców, a tylko, za które ponosi odpowiedzialność ubezpieczający. Tak, więc jeżeli

ubezpieczający nie ponosi odpowiedzialności za podwykonawcę w okolicznościach art. 429 k. c, albo, jeżeli nie ma związku przyczynowego pomiędzy działaniem, zaniechaniem ubezpieczającego a wyrządzeniem szkody przez podwykonawcę, wtedy taka szkoda pozostaje poza zakresem ubezpieczenia OC. Zgodnie z treścią art. 429 k.c. - „kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba, że nie ponosi winy w wyborze albo, że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności”. Jeżeli zatem Wykonawca powierzył część realizacji zamówienia podwykonawcy to wobec Zamawiającego będzie odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez takiego podwykonawcę, chyba, że zajdą okoliczności wyłączające winę wykonawcy, przewidziane w ustawie. Ubezpieczyciel natomiast w ramach ochrony ubezpieczeniowej wynikającej z zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności wykonawcy, będzie ponosił odpowiedzialność (in solidum) w takiej sytuacji, jeżeli odpowiedzialności tej wyraźnie nie wyłączył w polisie lub ogólnych warunkach ubezpieczenia. Ubezpieczenie OC zawarte zostało przez Odwołującego w Towarzystwie Ubezpieczeniowym Ergo Hestia i zostało potwierdzone ważną polisą o nr 901004456296, z sumą ubezpieczenia wynoszącą 4.000.000 zł wraz z dodatkowymi ryzykami na podstawie wykupionych klauzul dodatkowych. Polisa odwołuje się przy tym do OWU o symbolu OC/OW034/0708 tj. OWU, jakie weszły w życie z dniem 10.08.2007r. zastępując OWU o symbolu OC/OW034/0501 obowiązujących od dnia 01.01.2004r. Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia począwszy od dnia wejścia w życie OWU OC/OW034/0708 odpowiedzialność za działania podwykonawców objęła zakresem podstawowym ubezpieczenia poprzez rezygnację z dotychczasowej techniki, jaka obowiązywała na podstawie OWU OC/OW034/0501 a polegającej na wyłączeniu odpowiedzialności ubezpieczyciela za działania podwykonawców sformułowanej w § 9 ust 1 pkt 7 przy jednoczesnym umożliwieniu ubezpieczonym wykupienia tego ryzyka w postaci włączenia do zakresu ubezpieczenia klauzuli o nr 007A (bez prawa regresu) lub klauzuli 007B (za zachowaniem prawa regresu). W OWU, do których odwołuje się polisa przedstawiona przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu skreślono zapis o wyłączeniu odpowiedzialności ubezpieczyciela za działania podwykonawców i jednocześnie zrezygnowano z klauzul włączających to ryzyko do zakresu ubezpieczenia. Tym samym ubezpieczyciel objął zakresem ubezpieczenia odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną przez podwykonawców ubezpieczonego w ramach ochrony podstawowej z zachowaniem prawa regresu do podwykonawcy odpowiedzialnego za szkodę - co wynika z § 30 OWU przy jednoczesnym braku możliwości wykupienia dodatkowej klauzuli (bez prawa regresu) - i przyjął na siebie tą odpowiedzialność w granicach odpowiedzialności ustawowej.

W związku, zatem z faktem, iż polisa OC przedstawiona przez Odwołującego obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność ubezpieczyciela w przypadku wyrządzenia szkody przez podwykonawców ubezpieczonego, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powołaniem się na brak polisy OC spełniającej wymagania określone w SIWZ.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca - Jan Trawczyński JLT Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z Ksawerowa działający przez pełnomocnika: adw. Bogdana J. wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania w kwocie 3600 zł. W uzasadnieniu podał, że wszelkie czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są zgodne z prawem zamówień publicznych. Przystępujący złożył w niniejszym postępowaniu prawdziwe oświadczenia o spełnieniu warunków do udziału w postępowaniu (22 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), albowiem również dysponuje potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania instalacji gazów medycznych. Dotyczy to również kierowania robotami elektrycznymi. Zdaniem wykonawcy dla dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie nakłada obowiązku uruchomienia tego potencjału na zasadzie podwykonawstwa. Stwierdził także, że stwierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący nie uzyska gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej należyte wykonanie umowy jest dowolne. Co do odrzucenia oferty Odwołującego podniósł, że zgodnie z pkt 2.4.2. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy „posiadają aktualne na dzień otwarcia ofert ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności w zakresie przedmiotu zamówienia wraz z klauzulami dotyczącymi odpowiedzialności za działania podwykonawców (w przypadku wskazania podwykonawców) z minimalną sumą gwarancyjną - 200.000,00 złotych (dwieście tysięcy złotych) dla jednego zdarzenia. Do polisy należało załączyć dowód terminowego opłacania składki oraz Ogólne Warunki Ubezpieczenia". W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, Przystępujący poparł w całości stanowisko Zamawiającego, dzieląc jego argumentację i zastrzegając prawo do uzupełnienia argumentacji po zapoznaniu się z umotywowaniem przedstawionym przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 27.10.2010 r.] Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zwrot kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 3600 zł. W uzasadnieniu, wskazując na ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia STU ERGO HESTIA S.A. symbol OC/OW034/0708OWU[dalej OWU] podał, że postanowienia OWU nie potwierdzają, że ubezpieczyciel objął zakresem ubezpieczenia odpowiedzialność cywilną

podwykonawców ubezpieczonych w ramach ochrony podstawowej z prawem regresu. Wskazał na § 4 pkt 5 OWU, w którym zdefiniowano osoby objęte ubezpieczeniem (Ubezpieczający, jego pełnomocnicy oraz pracownicy) oraz na § 5 ust.1 zgodnie, z którym przedmiotem ubezpieczenia, jakie zawarł odwołujący się, jest odpowiedzialność cywilna osób objętych ubezpieczeniem za szkody na mieniu i osobie wyrządzone osobom trzecim w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej wskazanej w umowie ubezpieczenia lub użytkowaniem mienia. Natomiast podwykonawcy to są osoby zdefiniowane w § 4 pkt 6 OWU, jako „osoby, którym osoby objęte ubezpieczeniem powierzyły wykonanie pracy, usługi lub innych czynności na innej podstawie, niż umowa o pracę, powołania, mianowania wyboru lub spółdzielczej umowy o pracę”. Z zestawienia powyższych zapisów wynika zdaniem Zamawiającego, wprost, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej w umowie ubezpieczenia OC, którą zawarł odwołujący się ze STU HRGO HESTIA S.A., stwierdzonych polisą nr 901004456296 nie jest objęta odpowiedzialność Odwołującego się za podwykonawców. Tymczasem Zamawiający w przytoczonym przez Odwołującego się pkt 2.4.2. SIWZ wymagałby ubezpieczenie OC wykonawcy obejmowało także odpowiedzialność za działania podwykonawców, stąd decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego się wykonawcy była prawidłowa, a wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał także, że żadna z klauzul wskazanych w polisie, a opisanych w OWU (klauzula nr 4, klauzula nr 7) nie rozszerzają zakresu ubezpieczenia o podwykonawców. Oczywiście jest także, że powoływany w odwołaniu § 30 OWU, będący uszczegółowieniem konstrukcji regresu ubezpieczeniowego z art. 828 Kodeksu cywilnego nie rozszerza zakresu ubezpieczenia. Natomiast rozważania dotyczące art. 429 Kodeksu cywilnego nie mają związku z podnoszonym przez Odwołującego zarzutem.

W odniesieniu do zarzutu wyboru najkorzystniejszej oferty stwierdził, że Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (pkt 3.1.c. w związku z pkt.2.1. SIWZ). Wykonawca, którego oferta została wybrana, spełnił ten warunek, tj. złożył oświadczenie o powyższej treści. Jeżeli zatem Odwołujący uznaje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni udokumentować posiadanie stosownych uprawnień, mógł domagać się w stosownym czasie zmiany SIWZ w tym zakresie, lub skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, na wypadek gdyby Zamawiający takiej czynności zaniechał. Odwołujący się nie może natomiast żądać by Zamawiający sprawdzał prawdziwość złożonych przez innych wykonawców oświadczeń, skoro SIWZ nie wymagała udokumentowania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r.nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], albowiem przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, o wartości 1.578.222,73 zł [411.102,56 euro], a zatem jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 224, poz.1795), wydanych na podstawie art.11 ust.8 wskazanej ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec następujących czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że w odwołaniu oprócz zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy i naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust 1 oraz art. 26 ust 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez ich nie zastosowanie i nie wezwanie firmy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JLT” Jan Trawczyński do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów pozwalających na ocenę spełnienia warunków udziału tej firmy w postępowaniu, wobec istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do posiadania przez tę firmę uprawnień do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 Ustawy PZP poprzez jego nie zastosowanie i nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JLT” Jan Trawczyński, pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania a w konsekwencji nieprawidłowy wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Mając na względzie argumentację odwołującego się wykonawcy, i wskazany przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 w zw. z art. 26 ust.3 i art. 87 ust.1 ustawy Pzp,

oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak jak wskazano wyżej dotyczą one czynności, wobec których odwołanie nie przysługuje.

W zakresie interesu Odwołującego, w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, do korzystania ze środków ochrony prawnej, Izba podzieliła argumentację wykonawcy, że wykonawca posiadał i posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę – drugą w kolejności pod względem ceny, stanowiącej jedyne kryterium wyboru i jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia. Odrzucenie jego oferty pozbawia wykonawcę szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w sytuacji w której firma „JLT” odmówiłaby podpisania umowy lub nie wniosła wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zatem gdyby spełnione zostały przesłanki do wyboru oferty innego wykonawcy na jakie wskazuje art. 94 ust 3 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca mógłby ponieść szkodę, o której stanowi wskazany przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy w wyniku bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przedmiotem rozpatrywanego zarzutu jest – w tym stanie faktycznym - przyjęcie przez Zamawiającego, że Ubezpieczenie OC zawarte przez Odwołującego w Towarzystwie Ubezpieczeniowym Ergo Hestia i potwierdzone polisą o nr 901004456296, z sumą ubezpieczenia wynoszącą 4.000.000 zł wraz z dodatkowymi ryzykami na podstawie wykupionych klauzul dodatkowych, nie obejmuje zakresem ochrony ubezpieczeniowej odpowiedzialności odwołującego się wykonawcy za podwykonawców.

Nie uwzględniając zarzutu, co do braku podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba miała na względzie, iż wykonawca twierdzenie o spełnianiu warunku w spornym zakresie oparł, na niepopartym żadnymi dowodami oświadczeniu, że Ubezpieczyciel - Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia, począwszy od dnia wejścia w życie OWU OC/OW034/0708, odpowiedzialność za działania podwykonawców objął zakresem podstawowym ubezpieczenia poprzez rezygnację z dotychczasowej techniki, jaka obowiązywała na podstawie OWU OC/OW034/0501, a polegającej na wyłączeniu odpowiedzialności ubezpieczyciela za działania podwykonawców sformułowanej w § 9 ust 1

pkt 7 OWU przy jednoczesnym umożliwieniu ubezpieczonym wykupienia tego ryzyka w postaci włączenia do zakresu ubezpieczenia klauzuli nr 007A (bez prawa regresu) lub klauzuli 007B (za zachowaniem prawa regresu). Takie twierdzenia nie wynikają z przedłożonych OWU OC/OW034/0708. Także do takiej techniki nie odwołuje się pismo ERGO HESTIA przedłożone przez Odwołującego na rozprawie podpisane przez Dyrektora Biura Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej. Izba zwraca także uwagę, że odwołujący się wykonawca nie wykazał, że podpisująca pismo Dyrektor Biura Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej, była uprawniona do interpretacji zakresu konkretnej umowy ubezpieczeniowej. Izba ponadto zwraca uwagę, iż w piśmie tym nie wskazano adresata informacji i celu, dla których stanowisko to zostało wyrażone. Izba stwierdziła także, że uwzględniając przedmiot ubezpieczenia zdefiniowany w § 5 ust.1 OWU, osoby objęte ubezpieczeniem to te osoby, które zostały wymienione w § 4 pkt 4 OWU, podczas gdy podwykonawcy zostali zdefiniowani w § 4 pkt, 6 OWU. Tym samym analiza postanowień OWU, w tym także § 30 powołanego w odwołaniu, nie pozwala przyjąć, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej w umowie ubezpieczenia, którą przedłożył Odwołujący, zostali objęci także podwykonawcy, zgodnie z wymaganiami ustalonymi w pkt 2.4.2. specyfikacji.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniała także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Zgodnie z tym przepisem uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustalane są tylko na podstawie rachunków i z tych też względów wobec braku rachunku Izba, nie uwzględniła żądania Zamawiającego, co do zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego.

.....