

Sygn. akt KIO/2512/10

**WYROK**  
**z dnia 30 listopada 2010 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Natalia Mierzicka-Konopko**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2010 roku przez Wykonawcę **"Elewacje" S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Kościuszki 2A, 80-451 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych - Zakład Budżetowy z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"Elewacje" S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Kościuszki 2A, 80-451 Gdańsk** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **"Elewacje" S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Kościuszki 2A, 80-451 Gdańsk** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych - Zakład Budżetowy z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wykonanie przebudowy i remontu budynku mieszkalnego przy ul. Starowiejskiej 24 w Gdańsku Letnicy* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 września 2010 roku pod numerem 2010/S 169-259090.

8 listopada 2010 roku Zamawiający wezwał przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powiadomił wykonawców między innymi o wykluczeniu z postępowania Odwołującego - "Elewacje" S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Kościuszki 2A, 80-451 Gdańsk - oraz o wyborze w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „DACHBUD” Marian Formella z siedzibą w Gdyni przy ulicy Afrodyty 1, 81-601 Gdynia.

18 listopada 2010 roku Odwołujący - wykonawca "Elewacje" S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Kościuszki 2A, 80-451 Gdańsk wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty firmy „ELEWACJE S.A." w Gdańsku ul. Kościuszki 2A, 80 - 451 Gdańsk, oraz dokonanie wyboru oferenta Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD" Marian Formella

zarzucając Zamawiającemu:

- 1) bezpodstawne wykluczenie i odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) naruszenie zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

a mianowicie złamanie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w dokonywaniu badania i oceny ofert przy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

- 3) naruszenie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty wyrażonej w art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 4) dokonanie wyboru oferty oferującego Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Formella Marian, ul. Afrodyty 11, 81-601 Gdynia jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Marian Formella, ul. Afrodyty 11, 81-601 Gdynia jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 3) dokonania ponownego badania ofert,
- 4) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oferenta Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Formella Marian, ul. Afrodyty 11, 81-601 Gdynia,
- 5) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnia następująco swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu:

Odwołujący wskazał, iż podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego, był fakt nie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 1 300 000, 00 zł . podstawę prawną przywołano art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania powoływał się na fakt, iż złożona przez Odwołującego polisa nr 900-A 139869, opiewająca na kwotę 1.500.00,00 zł., rozszerzona o klauzulę odpowiedzialności OC za szkody powstałe na skutek nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań w wysokości 1 000 000,00 zł., nie zabezpieczała

wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych. Zamawiający powoływał się na kwestię rozdzielenia w polisie Odwołującego się ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z deliktu i z kontraktu. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie spełnia warunku określonego w pkt 7.2.3. SIWZ. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 7.2.3 - w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej firmy przystępującej do przetargu nieograniczonego zażądał od wykonawców wykazania dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 1300 000, 00 zł. W treści SIWZ Zamawiający wskazał jedynie na posiadanie stosownej polisy wraz z określoną sumą ubezpieczenia, nie rozróżniając ubezpieczenia odpowiedzialności z obu reżimów. Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał, aby wymagane ubezpieczenie miało zabezpieczać wymagania Zamawiającego w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych. Niezgodnie ze stanem faktycznym Zamawiający podaje zatem w piśmie z 08.11.2010 r., że warunek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych określony został w SIWZ. Takiego warunku SIWZ nie zawiera. Odwołujący spełnił zatem warunek o jakim mowa w pkt 7.2.3. SIWZ, przedkładając polisę ubezpieczeniową, która potwierdza ubezpieczenie od prowadzonej działalności w wysokości wymaganej przez Zamawiającego w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Odwołujący podniósł, iż skoro polisa przedłożona przez Odwołującego opiewa na wartość 1 500 000, 00 zł. i ubezpiecza na tę kwotę działalność podstawową wykonawcy określoną nr PKD 41.20.Z, który to przedmiot działalności jest związany z przedmiotem zamówienia, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego się wykonawcy została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołując się do orzeczenia Arbitrów Odwołujący podniósł, że w sytuacji, gdy w treści SIWZ nie rozróżnia się czy chodzi o ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z deliktu czy kontraktu, wolą Zamawiającego nie było żądanie wykazania przez wykonawców ubezpieczenia z konkretnego reżimu. Gdyby tak było Zamawiający wskazałby to w sposób wyraźny w SIWZ. Dokonanie przez Zamawiającego interpretacji SIWZ prowadzące de facto jego modyfikacji po ogłoszeniu zamówienia narusza sformułowaną w ustawie Prawo

zamówień publicznych w art. 7 zasadę konkurencyjności, uniemożliwiając wykonawcą złożenie oferty w sposób zapewniający im wypełnienie warunków SIWZ.

Odwołujący się, podniósł również, że gdyby przyjąć jak to błędnie i niezgodnie z treścią SIWZ czyni Zamawiający, że polisa ma służyć zabezpieczeniu wyłącznie roszczeń w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych tj. naprawieniu szkód na podstawie odpowiedzialności kontraktowej to polisy przedłożone przez oferującego Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe DACHBUD Marian Formella, tych wymagań nie spełniają. Zakres czasowy ochrony ubezpieczeniowej ujęty w wymienionych polisach jest, bowiem krótszy niż przewidywany w SIWZ okres prowadzenia robót budowlanych. Zamawiający powinien zatem idąc tym tokiem rozumowania wykluczyć oferenta Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe DACHBUD Marian Formella, z postępowania, a jego ofertę odrzucić. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, oznacza to, że analizę polisy dokonał przy zastosowaniu kryterium użytego w SIWZ w pkt 7.2.3. Odwołujący zauważa jednocześnie, iż oferujący Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Formella Marian, którego wyboru dokonał Zamawiający nie spełnia warunku, o którym mowa w pkt 7.2.3. SIWZ, albowiem przedstawione przez niego polisy ubezpieczeniowe wskazują na ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy dotyczą ubezpieczenia od działalności gospodarczej objętej nr PKD 43.99 i 43.39 tj. dotyczącej „Pozostałych specjalistycznych robót budowlanych” i „Wykonanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych”, a zatem działalności innej niż objęta przedmiotem zamówienia. Tym samym wybrany przez Zamawiającego oferent nie spełnia warunku dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości, co najmniej 1300.000,00 zł.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 18 listopada 2010 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.

Nie znajduje w ocenie Izby uzasadnia stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, iż Odwołując nie legitymuje się interesem prawnym w złożeniu odwołania w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na wstępie Izba podnosi, że zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsce zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację; 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.*

Izba wskazuje, iż nowelizacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - *Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), wprowadziła istotną zmianę w regulacji art. 179 ust. 1 ustawy - *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.* Art. 179 ust 1

ustawy określa zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić odwołujący się.

Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – *ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*. Tak więc, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Tak więc, warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności.

Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący nie musi wykazywać jak to było dotychczasowo, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia – obecnie wystarczające jest wykazanie, iż miał lub ma interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę.

Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Zdaniem Izby, interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez



zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, uwzględniając fakt, iż oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania, co jest kwestionowane przez Odwołującego, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący wykazał, że w przypadku uznania odwołania, czyli uznania że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu zaś oferta wykonawcy wybranego w postępowaniu podlega odrzuceniu, realny jest wynik postępowania w postaci zawarcia z Odwołującym umowy, a tym samym wskutek naruszenia przez Zamawiającego ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.

Korzystając ze środków ochrony prawnej w okresie *stand still*, Odwołujący powinien wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy np. poprzez bezprawne – w jego ocenie – odrzucenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przyjąć bowiem należy, iż wykazanie możliwości poniesienia szkody jest nierozdzielnie połączone z naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do utracenia możliwości wyboru oferty Odwołującego, a tym samym zaistnienia po stronie Odwołującego uszczerbku. Podstawą dla wykazania możliwości zaistnienia szkody jest wykazanie normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego, co Odwołujący wykazał, a w konsekwencji wykazał związek pomiędzy utraceniem możliwości uzyskania zamówienia a naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz oferty złożone

przez: Odwołującego i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Formella Maria oraz pismo Zamawiającego z 8 listopada 2010 roku zawierające wynik postępowania. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględniła 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, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba zarzut uwzględniła.

Zamawiający żądał, zgodnie z punktem 7.2.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia aby wykonawcy posiadali ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości co najmniej 1 300 000, 00 zł. Odwołujący wykazał się posiadaniem polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności o nr 900-A 139869 o sumie gwarancyjnej 1 500 000,00 zł. Zamawiający odnosząc się do oceny tego dokumentu uwzględnił tylko kwotę z jednego z podlimitów polisy, nie uwzględniając przy tym sumy gwarancyjnej polisy.

W szczególności Izba zwraca uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza ona wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów

ubezpieczenia. Zaznaczyć należy, iż polisa OC, którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie. Tak więc, nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia, bowiem takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.

Z powyższych względów Izba uznała, że przedłożona przez Odwołującego polisa OC potwierdza spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego i z tego względu Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z wyborem w postępowaniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „DACHBUD” Formella Marian Izba zarzutu nie uwzględniła.

Wykonawca DACHBUD złożył na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności trzy polisy tj.: polisa Seria TPP nr 4780852, polisa Seria AG nr 3935576, polisa Seria TPP nr 2443139, których łącznie suma gwarancyjna wynosi 1 450 000,00 zł. Odwołujący konstruując zarzut ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż wykonawca ten nie spełnia warunku, bowiem polisy ubezpieczeniowe przedstawione przez tego wykonawcę dotyczą „ubezpieczenia od działalności gospodarczej objętej numerami PKD 43.99 i 43.93 tj.: dotyczącej „Pozostałych specjalistycznych robót budowlanych” i „Wykonanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych”, a zatem działalności innej niż objęta przedmiotem zamówienia.” Odwołujący nie wykazał w żadnym stopniu, iż przedstawione w ofercie wykonawcy DACHBUD polisy nie potwierdzają, iż wykonawca ten posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący ograniczył się jedynie w swojej argumentacji do podania nr PKD z polis jakimi wykazał się Wykonawca DACHBUD.

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 kontradiktoryjne, 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.

Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona oferta przez DACHBUD powinna zostać odrzucona z powodu wykluczenia tego wykonawcy powinien był wykazać, iż polisy którymi wykazał się ten Wykonawca, nie potwierdzają, iż Wykonawca ten posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

Uwzględniając powyższe, mimo stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) 4) nie wykazali spełnienia warunków w postępowaniu w związku z art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.* Izba w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy - *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia* - uznała że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż naruszenie to nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

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 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:**

.....