



Warszawa, dnia 10 września 2014 r.

**PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

UZP/DP/O/027/200/14/OS

KW-24274/14

SĄD OKRĘGOWY W KIELCACH

ul. Seminaryjska 12a, 25 – 372 Kielce

za pośrednictwem:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

reprezentowany przez [REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

2. Odwołujący

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDAKCE]

**3. Przystępujący do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego**

[REDAKCE]

[REDAKCE]

[REDACTED]

Sygn. akt: KIO 1615/14

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2014 r.
(sygn. akt KIO: 1615/14)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1615/14).

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2014 r. zarzucam naruszenie:

I. przepisów postępowania mających wpływ na jego wynik, tj.:

1) art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co doprowadziło do błędnej oceny, iż wykonawca [REDACTED] nie wykazał spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu opłaconej polisy, a co za tym idzie błędne ustalenie, że ww. wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a w szczególności świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 24 marca 2014 r., 2 czerwca 2014 r. oraz 15 lipca 2014 r. złożonych przez ww. wykonawcę wynika, iż spełnił on warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym przez Zamawiającego zakresie;

2) art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego w sprawie, co doprowadziło do błędnego ustalenia, iż zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak w i toku postępowania odwoławczego wykonawca [REDACTED] nie powoływał się na istnienie uzasadnionych przyczyn z powodu których wykonawca ten nie mógł przedstawić polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na niego wystawionej, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności z pisma ww. wykonawcy z dnia 16 lipca 2014 r. (L.Dz.Con-Kr/960/2014) złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z pisma z dnia 19 sierpnia 2014 r. złożonego w toku

postępowania odwoławczego wynika, iż wskazywał on na przeszkody z powodu których nie był w stanie złożyć ww. dokumentu.

II. naruszenie prawa materialnego, tj.

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej może złożyć inny niż opłacona polisa dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wyłącznie w przypadku nieistnienia opłaconej polisy i w konsekwencji uznanie, że w przypadku gdy wykonawca składa inne dokumenty, a polisa istnieje, ale wykonawca jej nie posiada i nie może posiadać, a tym samym przedłożyć jej zamawiającemu w toku postępowania, podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunku w tym zakresie, podczas gdy ww. przepisy rozporządzenia nie zawężają możliwości przedstawienia przez wykonawcę „innego dokumentu” wyłącznie do sytuacji nieistnienia dokumentu o nazwie „polisa”;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy [REDAKTED] z powodu braku wykazania spełnienia wymaganego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy ww. wykonawca spełnienie ww. warunku wykazał za pomocą innych niż opłacona polisa właściwych i prawnie dopuszczalnych dokumentów w postaci świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej oraz powoływał się na uzasadnione okoliczności skutkujące niemożnością złożenia zamawiającemu polisy wystawionej na jego rzecz przez ubezpieczyciela.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania w całości;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp;
- 3) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

II. Wprowadzenie:

W wyroku z dnia 20 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1615/14), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez [REDAKTURA], [REDAKTURA] pn. [REDAKTURA], [REDAKTURA], [REDAKTURA], Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawcę [REDAKTURA], który zarzucił

Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z pkt 9.1.3.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez uznanie, że wykonawca [REDAKTOWANO] wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż przedłożył świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wystawione przez [REDAKTOWANO] opatrzone datą 24 marca 2014 r., chociaż świadectwo to nie jest ważne, nadto nie zawiera istotnych danych, a ww. wykonawca – wezwany do uzupełnienia i wyjaśnienia w tym zakresie – nie udowodnił posiadania na dzień złożenia oferty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym zakresie; art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu uznania, iż oferta wykonawcy [REDAKTOWANO] podlegała odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zachodziły podstawy do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z pkt 9.1.3.b SIWZ oraz sekcji III.2.2.1.b ogłoszenia o zamówieniu w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp, z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANO] i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji przez dokonanie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając odwołanie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę [REDAKTOWANO], wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ww. wykonawcy, a także powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała, że wykonawca [REDAKTOWANO] nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, gdyż nie przedłożył dokumentu opłaconej polisy, mimo że z treści dokumentów w postaci świadectw ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, złożonych przez ww. wykonawcę w ofercie oraz w wyniku prowadzonej z zamawiającym korespondencji w toku postępowania, wynikało, iż już na dzień składania ofert wykonawca ten opłaconą polisę posiadał. Na tle regulacji § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), Izba wskazała, iż wykonawcy w pierwszej kolejności mają posługiwać się opłaconą polisą, a dopiero w przypadku braku opłaconej polisy mogą skorzystać z uprawnienia do przedłożenia innego dokumentu. W ocenie Izby przepis § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia nie uprawnia wykonawcy do posługiwania się innym niż polisa dokumentem tylko dlatego, że wykonawca, pomimo możliwości legitymowania się nim w obrocie, takowego dokumentu nie posiada. Ponadto Izba wskazała, że w stanie faktycznym sprawy nie mógł znaleźć zastosowania przepis art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, gdyż wykonawca [REDAKTOWANO] nie wykazał istnienia „uzasadnionych przyczyn” niemożności przedstawienia dokumentu opłaconej polisy.

Z powyższych względów Izba stwierdziła, że wykonawca [REDAKTOWANE] uchybił obowiązkowi wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie załączając do oferty, jak i nie przedkładając na wezwanie zamawiającego opłaconej polisy, mimo że dokument ten istniał już w terminie składania ofert.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

1) Przechodząc do uzasadnienia zarzutów niniejszej skargi należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) naruszyła przepis art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co doprowadziło do błędnej oceny, iż wykonawca [REDAKTOWANE] nie wykazał spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu opłaconej polisy, a co za tym idzie błędne ustalenie, że ww. wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

Tymczasem, z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a w szczególności świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 24 marca 2014 r., 2 czerwca 2014 r. oraz 15 lipca 2014 r. wynika, iż wykonawca [REDAKTOWANE] spełniał warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

Wykonawca ten wykazał bowiem spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 500.000,00 zł za pomocą dokumentów innych niż opłacona polisa. W okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. wykonawcę oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy z przedłożonych przez niego w toku postępowania dokumentów wynikało, iż jego kondycja ekonomiczna i finansowa czyni zadość wymaganiom Zamawiającego.

2) Zaskarżanym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepis art. 190 ust. 7 ustawy Pzp również poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego w sprawie, co doprowadziło do błędnego uznania, iż w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, jak również w toku postępowania odwoławczego wykonawca [REDAKTOWANE] nie powoływał się na istnienie uzasadnionych przyczyn z powodu których wykonawca ten nie mógł przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tymczasem, wszechstronna analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie winna prowadzić do wniosku, że ww. wykonawca wskazywał na powody uniemożliwiające mu złożenie dokumentu polisy na jego rzecz wystawionej.

Jak wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego, w piśmie z dnia 16 lipca 2014 r. (L.Dz.Con-Kr/960/2014) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 14 lipca 2014 r. (JPR/0618/214/2014), wykonawca [REDAKTOWANO] wskazał, iż polisa nr XFR0051393LI, zawarta między ubezpieczycielem [REDAKTOWANO] a firmą [REDAKTOWANO] której dotyczyło świadectwo ubezpieczenia złożone przez tego wykonawcę w ofercie, jest Polisa Programu Światowego, którym to programem objęte są spółki wchodzące w skład grupy [REDAKTOWANO], w tym wykonawca [REDAKTOWANO]. Wykonawca wyjaśnił również, że z uwagi na liczbę podmiotów objętych ubezpieczeniem w ramach Polisy Programu Światowego, ubezpieczyciel nie wystawia certyfikatów ubezpieczenia, potwierdzających opłacenie konkretnych składek dla konkretnej spółki w ramach grupy.

Również w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca [REDAKTOWANO] w piśmie procesowym z dnia 19 sierpnia 2014 r., zasadniczo powtarzając argumentację przedstawioną w ww. piśmie złożonym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dodał, iż z ukształtowanej praktyki ubezpieczyciela, działającego w oparciu o reżim prawny obowiązujący we Francji wynika, iż nie może istnieć i nie istnieje polisa wystawiona jedynie na rzecz tego wykonawcy, dlatego też złożył on inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w postaci świadectw ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W świetle powyższych okoliczności nieuzasadnione jest twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uzasadnieniu wyroku, iż wykonawca [REDAKTOWANO] w toku postępowania odwoławczego nie powoływał się na istnienie uzasadnionej przyczyny w korespondencji prowadzonej w toku postępowania z Zamawiającym oraz w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. W niniejszej sprawie, Izba zaniechała dokonania wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w postaci pism wykonawcy [REDAKTOWANO] z dnia 16 lipca 2014 r. (L.Dz.Con-Kr/960/2014) oraz z dnia 19 sierpnia 2014 r., co doprowadziło do błędnego uznania, iż wykonawca ten nie wykazał zaistnienia uzasadnionej przyczyny pozwalającej na złożenie innego dokumentu w wystarczający sposób potwierdzającego spełnienia opisanego przez zamawiającego warunku i podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło Izbę do błędnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy [REDAKTOWANO] z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

3) Przede wszystkim wskazać należy, iż zaskarżony wyrok narusza art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej może złożyć inny niż opłacona polisa dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wyłącznie w przypadku nieistnienia opłaconej polisy i w konsekwencji uznanie, że w przypadku gdy wykonawca składa inne dokumenty, a polisa istnieje, ale wykonawca jej nie posiada i nie może posiadać, a tym samym przedłożyć jej zamawiającemu w toku postępowania, podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunku w tym zakresie. Tymczasem przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zawężają możliwości przedstawienia przez wykonawcę „innego dokumentu” wyłącznie do sytuacji nieistnienia dokumentu o nazwie „polisa”.

Uzasadniając przywołany zarzut, wskazuję jak niżej.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający po dokonaniu adaptacji wskazanych warunków do potrzeb konkretnego postępowania i poprzez opis sposobu oceny ich spełnienia nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W celu dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, na podstawie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający może żądać 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.

Wskazany przepis rozporządzenia nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „innych dokumentów” oraz „braku opłaconej polisy”.

W tym miejscu należy wskazać, iż adresatem normy prawnej wynikającej z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest przede wszystkim zamawiający. Przepis § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów zawęża uprawnienie zamawiającego w tym znaczeniu, że ogranicza do opłaconej polisy możliwość żądania od wykonawcy dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a w przypadku braku takiego dokumentu uprawnia zamawiającego do żądania innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z przepisu tego nie sposób jednak wywieść

ograniczenia skierowanego przez ustawodawcę do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w zakresie nazwy dokumentu, który mogą oni złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Stanowisko powyższe uzasadnione jest przepisem z art. 809 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [(Dz. U. z 2014, poz. 121), zwanej dalej: „Kodeksem cywilnym”] – znajdującym zastosowanie na gruncie ustawy Pzp na mocy odesłania z art. 14 tej ustawy – w świetle którego ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić dokumentem zawarcie umowy ubezpieczenia. Przepis ten w brzmieniu do dnia 10 sierpnia 2008 r. przewidywał wprost katalog dokumentów, jakimi powinna być stwierdzona umowa ubezpieczenia przez zakład ubezpieczeń wskazując na polisę, legitymację ubezpieczeniową, tymczasowe zaświadczenie albo inny dokument ubezpieczenia. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, po zmianie dokonanej ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007. Nr 82, poz. 557) przepis ten nie określa już jakimi dokumentami powinna być stwierdzona umowa ubezpieczenia. Podstawą takiego rozwiązania było dążenie ustawodawcy do rezygnacji z tradycyjnych nazw dokumentów ubezpieczenia, wychodząc z założenia, że ustawa nie powinna wyróżniać niektórych spośród nich, pomijając pozostałe. Nazwa dokumentu ubezpieczenia nie jest istotna, ważne jest jedynie to, by był on wystawiony i doręczony ubezpieczającemu, i w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzał fakt zawarcia konkretnej umowy ubezpieczenia¹.

Z powyższej regulacji wynika zatem, iż ustawodawca zarówno na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, jak i w przepisach ustawy Pzp nie różnicuje mocy dowodowej dokumentów przedkładanych przez ubezpieczonego – wykonawcę na potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia. Jeżeli zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest w stanie przedłożyć opłaconej polisy, złożony przez niego inny dokument winien być oceniany na równi z dokumentem opłaconej polisy. Ustawodawca w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wprowadził bowiem hierarchii dokumentów, przez pryzmat których zamawiający oceniać będzie spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym nie można różnicować sytuacji podmiotowej wykonawców, którzy wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej posiadają dokument opłaconej polisy z sytuacją wykonawców, którzy z uzasadnionych przyczyn nie są w stanie tego dokumentu przedłożyć.

W tym kontekście podkreślić należy, iż zawężenie przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacji § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów wyłącznie do sytuacji nieistnienia dokumentu polisy jest sprzeczne z brzmieniem tego przepisu. Skoro bowiem sam ustawodawca nie wskazał wprost w omawianym przepisie, iż wykonawca może złożyć inny niż opłacona polisa dokument gdy dokument ten nie istnieje, należy przyjąć, iż dokonał tego zabiegu

¹ Z. Gawlik, Komentarz do art. 809 Kodeksu cywilnego, LEX 2010

legislacyjnego w sposób celowy. Gdyby wolą ustawodawcy było zawężenie dyspozycji przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów wyłącznie do sytuacji nieistnienia polisy, to zapewne znalazłoby to swoje odzwierciedlenie w odpowiedniej treści wskazanej normy prawnej.

Tymczasem, brak polisy może wynikać nie tylko z faktu jej nieistnienia, jak twierdzi Izba w zaskarżonym wyroku. Zdarza się bowiem, że polisa jest wydawana przez ubezpieczyciela, ale wykonawca nie ma możliwości pozyskania jej do dnia składania ofert. Z sytuacją taką możemy mieć również do czynienia w sytuacji, gdy ofertę w postępowaniu składa wykonawca zagraniczny, a dokument o nazwie „polisa” nie jest wystawiany przez zagranicznych ubezpieczycieli. Innymi słowy, „brak polisy” może wystąpić także w sytuacji braku fizycznego tego dokumentu, braku jego dostępności czy też braku możliwości jego pozyskania i przedłożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takich okolicznościach, złożenie przez wykonawcę innego dokumentu potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie może zostać pozbawione doniosłości i skutków prawnych na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W sytuacji gdy wykonawca nie jest w stanie złożyć dokumentu opłaconej polisy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powodu jej braku, złożony alternatywnie inny dokument nie może być odmiennie traktowany z punktu widzenia jego wiarygodności i mocy dowodowej w stosunku do dokumentu opłaconej polisy. Na gruncie przywołanych przepisów, nie można tracić z pola widzenia, iż dla zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest, aby wykonawca wykazał istnienie ubezpieczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego, natomiast sama nazwa dokumentu, za pomocą którego wykonawcę tę okoliczność wykaże, jest bez znaczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż wykonawca [REDAKTURA] w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie z dnia 16 lipca 2014 r. (L.dz. Con-kr/960/2014) oraz w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w piśmie procesowym z dnia 19 sierpnia 2014 r. wskazał na powody, które uniemożliwiły mu złożenie dokumentu polisy.

Z powyższych względów, w stanie faktycznym sprawy Krajowa Izba Odwoławcza bezzasadnie zawężyła normę wynikającą z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów do sytuacji nieistnienia dokumentu polisy, całkowicie pomijając okoliczność złożenia przez wykonawcę [REDAKTURA] świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej potwierdzających fakt zawarcia umowy ubezpieczenia oraz spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, bez uzasadnionych podstaw Izba uznała, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu zaniechania wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Dlatego też wykładnia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu skarżonego wyroku, jako nieznajdująca oparcia w treści tych przepisów, nie może się ostać.

4) Jednocześnie, zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp poprzez nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy [REDAKTOWANE] z powodu braku wykazania spełnienia wymaganego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy ww. wykonawca spełnienie ww. warunku wykazał za pomocą innych niż opłacona polisa dokumentów w postaci świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej oraz powoływał się na okoliczności skutkujące niemożnością złożenia zamawiającemu polisy wystawionej na jego rzecz przez ubezpieczyciela.

Stosownie do treści art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Przepis art. 26 ust. 2c został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 2009 r. Nr 206, poz. 1591) w celu wdrożenia do krajowego porządku prawnego przepisu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”. *Ratio legis* wprowadzenia regulacji art. 26 ust. 2c ustawy Pzp było umożliwienie wykonawcom alternatywnego do zakładanego przez zamawiającego potwierdzenia znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez przedstawienie innych dokumentów (jeżeli wykonawca z uzasadnionej przyczyny nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez zamawiającego), które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku².

Na gruncie przepisu art. 47 ust. 5 dyrektywy klasycznej w literaturze podkreśla się, iż w sytuacji gdy wykonawca nie może przedstawić jakichkolwiek dokumentów wymaganych przez zamawiającego, może udowodnić spełnienie minimalnych wymogów w zakresie kondycji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który zamawiający uzna za odpowiedni. Przy czym niemożność dostarczenia żądanych dokumentów może wiązać się z faktyczną lub prawną niemożnością uzyskania i dostarczenia danego dokumentu³. Przepisy

² uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Sejm RP VI kadencji, nr druku: 2154)

³ A Sołtyńska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze, 2006.

dyrektywy klasycznej zapewniają zatem wykonawcom możliwość wykazania spełnienia warunku w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej za pomocą szerokiego spectrum dokumentów, co znalazło odzwierciedlenie w przepisie art. 26 ust. 2c ustawy Pzp.

Transponowanie do krajowego porządku prawnego przepisu art. 47 ust. 5 dyrektywy klasycznej miało na celu odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz poszerzenie kręgu wykonawców zdolnych konkurować o udzielenie zamówienia publicznego. Nadrzędnym celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. W tym kontekście nie może być dyskryminowany wykonawca, który z uzasadnionych względów nie może uzyskać i dostarczyć dokumentu polisy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej jeżeli w istocie podlega ochronie ubezpieczeniowej i jest w stanie udowodnić zawarcie umowy ubezpieczenia za pomocą innych niż polisa dokumentów, z których wynika, że jego sytuacja ekonomiczna i finansowa spełnia wymogi zamawiającego i uzasadnia powierzenie mu realizacji zamówienia publicznego. W świetle art. 26 ust. 2c ustawy Pzp istotne jest bowiem umożliwienie wykonawcom wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej za pomocą innych środków dowodowych niż dokument polisy i tym samym zapewnienie zamawiającemu wyboru wykonawcy który gwarantuje przeniesienie na zakład ubezpieczeń ciężaru zobowiązań wpływających negatywnie na jego działalność lub z których: on sam nie mógłby się wywiązać. Nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten cel w równym stopniu będzie osiągnięty gdy wykonawcy przedłoży inny dokument, z którego wynikać będzie spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku.

Tymczasem, w realiach faktycznych niniejszej sprawy Izba nie zastosowała normy wynikającej z przepisu art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, mimo iż istniały podstawy do uznania, iż wykonawca ██████████ w pismach z dnia 16 lipca 2014 r. oraz z dnia 19 sierpnia wykazał istnienie uzasadnionej przyczyny niemożności złożenia dokumentu polisy. Co więcej, z przedstawionych w toku postępowania świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynika, iż wykonawca ██████████ wykazał zawarcie umowy ubezpieczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą dokumentów równoważnych opłaconej polisie. Zaniechanie zastosowania przepisu art. 26 ust. 2c ustawy Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy przez Izbę skutkowało nakazaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, mimo iż wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu przy pomocy dokumentów o tej samej mocy dowodowej i wadze prawnej co polisa.

Zaskarżany wyrok narusza również przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ██████████ z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie wykonawca [REDAKTOWANE] wykazał spełnienie wymaganego przez zamawiającego warunku posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 500.000,00 zł za pomocą świadectw ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 24 marca 2014 r., 2 czerwca 2014 r. i 15 lipca 2014 r., a więc poprzez przedłożenie innych niż opłacona polisa dokumentów z których wynikało, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Tym samym, w niniejszej sprawie brak było podstaw do zastosowania przez Izbę przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i nakazania Zamawiającemu wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

IV. Podkreślenia przy tym wymaga, iż kwestia poddana pod rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego ma istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Na tle wykładni § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, mamy bowiem do czynienia z rozbieżnością w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku z dnia 6 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2097/10, LEX nr 686604) Krajowa Izba Odwoławcza uznała za równoważny opłaconej polisie dokument w postaci zaświadczenia o zawarciu polisy ubezpieczeniowej wskazując przy tym, iż „*złożone dokumenty potwierdzają zawarcie ważnej umowy ubezpieczenia obejmującej każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również że w okolicznościach ubezpieczenia generalnego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Dokument złożony przez Przystępującego do oferty wraz z dopełniającymi go potwierdzeniem zapłaty składki z tytułu tego ubezpieczenia oraz ponownym zaświadczeniem opatrzonym o wyraźne stwierdzenie, że ubezpieczenie z tego tytułu zostało opłacone, należy uznać za równoważne wymaganej opłaconej polisie. Powyższe przemawiało za uznaniem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (...), składając zaświadczenie z dnia 22 stycznia 2010 r. wypełnili obowiązek złożenia polisy lub w razie jego braku - innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*”.

Również w uchwale z dnia 14 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO/KD 45/14) Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na regulację art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, uznała, iż okoliczność,

że wykonawca nie złożył dokumentu polisy, a jedynie dokument wystawiony przez Brokerów Ubezpieczeniowych, w którym potwierdzili oni, że ubezpieczyciel wystawił polisę ubezpieczeniową wykonawcy, opatrzony informacją dotyczącą limitu odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanego zawodu, okresu ubezpieczenia i zapłaty składki, nie daje podstawy do wykluczenia wykonawcy. Izba wskazała, iż wyjaśnienie wykonawcy, że nie może przedstawić dokumentu polisy ubezpieczeniowej ponieważ ubezpieczającym jest spółka, która ubezpiecza podmioty wchodzące w skład grupy nie oznacza, że zostały spełnione przesłanki wykluczenia.

Z kolei stanowiska odmienne od prezentowanego w niniejszej skardze, pokrywające się z przedstawionym w zaskarżanym wyroku, sprowadzające się do twierdzenia, iż inny niż polisa dokument może zostać złożony przez wykonawcę wyłącznie w sytuacji nieistnienia dokumentu polisy, zostały wyrażone w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 610/09, Lex nr 508595) oraz z dnia 15 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 421/12, Lex nr 1131200).

Z uwagi na zaprezentowaną powyżej niejedolitą linię orzecniczą w kwestii wykładni przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku z ustawową kompetencją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, wskazuję, iż niniejsza skarga ma charakter systemowy.

Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż w świetle regulacji przewidzianej w przepisach § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 26 ust. 2c ustawy Pz, w przypadku uzasadnionej przyczyny niemożności złożenia w toku postępowania polisy, wykonawca może złożyć inny dokument na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sytuacjach niemożności prawnej i faktycznej dostarczenia dokumentu polisy, a nie tylko w sytuacji nieistnienia tego dokumentu.

Dostrzec jednocześnie należy, iż niniejsza skarga zmierza do utrzymania przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy, który wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryterium ceny. Oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] przed wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający uznał więc przedłożone przez tego wykonawcę świadectwa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za „odpowiednie”, w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy klasycznej. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i wykluczając wykonawcę [REDAKTOWANE] z udziału w postępowaniu Zamawiający będzie zmuszony wybrać ofertę z ceną o 93.480,00 zł wyższą od oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą.

V. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c.

udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

VI. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (imperium). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym. Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

VII. Ponadto Skarżący oświadcza, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.

Z. Lip.
WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Dariusz Piarta

Spis załączników:

- 1) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP pani Izabeli Jakubowskiej;
- 2) kopia upoważnienia Wiceprezesa UZP;
- 3) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania na stanowisko Wiceprezesa UZP;
- 4) zarządzenie nr 178 Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie nadania regulaminu organizacyjnego Urzędu Zamówień Publicznych;
- 5) potwierdzenia przesłania odpisów skargi.