

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego – INIKO sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (35-303), przy ul. Zagłoby 8/L3, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Busku Zdroju sp. z o.o. z siedzibą w Busku Zdroju (28-100), przy ul. Łagiewnickiej 25, przy udziale wykonawcy Conseko Safege S.A. z siedzibą w Krakowie (30-147), przy ul. Wiedeńskiej 114, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Conseko Safege S.A. z siedzibą w Krakowie (30-147), przy ul. Wiedeńskiej 114,
 - 1.3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Busku Zdroju sp. z o.o. z siedzibą w Busku Zdroju (28-100), przy ul. Łagiewnickiej 25 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – INIKO sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (35-303), przy ul. Zagłoby 8/L3 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Busku Zdroju sp. z o.o. z siedzibą w Busku Zdroju (28-100), przy ul. Łagiewnickiej 2 na rzecz Odwołującego – INIKO sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (35-303), przy ul. Zagłoby 8/L3 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Busku Zdroju sp. z o.o. z siedzibą w Busku Zdroju (28-100), przy ul. Łagiewnickiej 25 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę tj. Kontrakt TA4 RZ Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta i Gminy Busko-Zdrój” w ramach Funduszu Spójności pn. Pełnienie roli Inżyniera Kontraktu (znak sprawy: RP/0618/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2014 r., pod nr 2014/S 086-150480.

W dniu 28 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy Conseko Safege S.A. z siedzibą w Krakowie (30-147), przy ul. Wiedeńskiej 114 (dalej: „Wykonawca CS”).

Wyżej wskazana czynność zaskarżona została odwołaniem z dnia 7 sierpnia 2014 r., wniesionym przez wykonawcę INIKO sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (35-303), przy ul. Zagłoby 8/L3 (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 9.1.3.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz sekcji III.2.2.1.b ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) przez uznanie, że Wykonawca CS wykazał, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu, gdyż przedłożył świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wystawione przez AXA Corporate Solutions Assurance opatrzone datą 24 marca 2014 r., chociaż świadectwo to nie jest ważne, nadto nie zawiera istotnych danych, a Wykonawca CS – wezwany do uzupełnienia i wyjaśnienia w tym zakresie – nie udowodnił posiadania na dzień złożenia oferty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym zakresie,
2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na zaniechaniu uznania, iż oferta Wykonawcy CS 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 Pzp w zw. z pkt 9.1.3.b SIWZ oraz sekcji III.2.2.1.b Ogłoszenia w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a to posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej,

3. 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 CS i odrzucenia jego oferty, a w konwencji przez dokonanie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. wykluczenie z postępowania Wykonawcy CS.

Odwołujący argumentował, że legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, bowiem złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, a tym samym będzie miał on możliwość realizacji zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. *A contrario*, brak rozpatrzenia i uwzględnienia wniesionego odwołania wiąże się ze szkodą dla Odwołującego w związku z naruszeniem przez Zamawiającego Pzp w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania przytoczono następującą argumentację.

Zamawiający od każdego wykonawcy wymagał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w art. 22 ust.1 pkt 4 Pzp, a uszczegółowionych w pkt 9.1.3.b SIWZ, tj. m.in. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w wysokości co najmniej 500.000,00 zł. Na dowód spełniania tego wymagania Wykonawca CS załączył do oferty „Świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” wystawione rzekomo przez AXA Corporate Solutions Assurance w dniu 24 marca 2014 r.

W związku z powyższym Zamawiający wystosował do Wykonawcy CS wezwania:

1. w dniu 30 czerwca 2014 r., w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia zakresu działalności wykonawcy podlegającego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnoprawnej oraz w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentu opłacenia polisy odpowiedzialności cywilnoprawnej lub w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca CS jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w szczególności potwierdzenia opłacenia polisy,
2. w dniu 14 lipca 2014 r., w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia oświadczeń i załączonych do oferty dokumentów przez wskazanie na dokument potwierdzający opłacenie polisy od odpowiedzialności cywilnej oraz ważność polisy odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty.

Wykonawca CS, w odpowiedzi na ww. wezwania, złożył wyjaśnienia, w szczególności podał, że jest objęty ochroną ubezpieczeniową wynikającą z polisy XFR0051393LI wystawionej przez AXA Corporate Solutions Assurance na rzecz SUEZ ENVIRONNEMENT SAS. Dodatkowo wykonawca przedłożył „Świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 2 czerwca 2014 r. oraz z dnia 15 lipca 2014 r., z wystawienia AXA Corporate Solutions Assurance. Wszystkie wymienione wcześniej świadectwa różnią się między sobą datą ich sporządzenia (24 marca 2014 r., 2 czerwca 2014 r. i 15 lipca 2014 r.), dodatkowym wskazaniem części zakresu jaki obejmuje polisa nr XFR0051393LI (świadectwo z daty 2 czerwca 2014 r.) oraz wskazaniem, iż świadectwo ważne jest od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2014 r., jeżeli polisa nie zostanie anulowana w tym okresie (świadectwo z daty 24 marca 2014 r.). Jednakże – co istotne – żadne z tych świadectw nie wypełnia, w przekonaniu Odwołującego, celu, dla którego dany dokument miał być złożony w Postępowaniu, tj. ochrony ubezpieczeniowej w danym czasie, na wymaganą kwotę i w odpowiednim zakresie. Ponadto, świadectwa różnią się od siebie zapisem: „[...]Niniejszym oświadczają się, że ubezpieczony na bieżąco opłaca składki za zakończony okres ubezpieczenia oraz nie zalega z płatnością żadnych składek[...]”. Zapis ten widnieje na świadectwie z dnia 24 marca 2014 r. oraz 15 lipca 2014 r. Natomiast dokument z dnia 2 czerwca 2014 r. nie zawiera powyższej treści.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że świadectwa te nie są ważne. Każde z nich zostało opatrzone pieczęcią podmiotu wystawiającego te świadectwa oraz tzw. „parafą”. Przy czym, owa pieczęć nie jest „imienną”, nie zawiera imienia i nazwiska, czy też stanowiska osoby wystawiającej to świadectwo, parafa zaś nie pozwala w żaden sposób na identyfikację osoby ją składającej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał na postanowienia pkt 9.1.3.b SIWZ, jak i przepis § 1 ust. 1 pkt 1 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.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem” które nie przewidują alternatywy, czyli możliwości przedłożenia „opłaconej polisy” albo „innego dokumentu”. Wynika z tego, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wykonawca może zamiast „opłaconej polisy” złożyć „inny dokument” potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Niemniej jednak, dokument taki może być przedłożony dopiero w przypadku braku opłaconej polisy, który to wniosek Odwołujący poparł przytoczeniem też z orzecznictwa. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, uznać należało, że Wykonawca CS legitymuje się na potrzeby tego postępowania

„innym dokumentem” (§ 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia) ale jednocześnie, w pisemnych wyjaśnieniach składanych w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, informuje o wystawieniu polisy na fakt ochrony od odpowiedzialności cywilnej. Co prawda wyjaśnia, iż polisa ta została wystawiona na rzecz SUEZ ENVIRONNEMENT SAS i dla podmiotów objętych ubezpieczeniem nie ma potrzeby wydawania osobnej polisy. Jednakże, zdaniem Odwołującego – po pierwsze – takie uzasadnienie nie stanowi uzasadnionej przyczyny po stronie wykonawcy o której mowa w art. 26 ust. 2c Pzp. Cytowany przepis jest w istocie implementacją 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. Urz. UE. L Nr 134, str. 114). Odwołujący zasygnalizował, że przepis ten nie dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca nie posiada polisy, a więc nie została ona w ogóle wystawiona. Jeśli polisa została wydana, wykonawca może przedłożyć inny dokument, gdy zaistnieje uzasadniona przyczyna, po drugie – nie zwalnia wykonawcy z przedłożenia polisy (np. w formie kopii, odpisu) dla potwierdzenia okoliczności ważnych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po trzecie – świadectwa z dnia 24 marca 2014 r., 2 czerwca 2014 r. i 15 lipca 2014 r., którymi to posłużył się Wykonawca CS nie zawierają niezbędnych danych. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że za inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia może być uznana również nota pokrycia, pod warunkiem, że spełniałaby ona wymogi wskazane w art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.2913.950), zwanej dalej „Ustawą”. Stanowi on, że polisa lub inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia przez oddział lub w inny sposób niż przez oddział w ramach swobody świadczenia usług musi zawierać informacje dotyczące:

1. adresu i siedziby zakładu ubezpieczeń lub odpowiednio adresu oddziału zakładu ubezpieczeń, który udziela ochrony ubezpieczeniowej,
2. miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia,
3. właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia,
4. daty zawarcia umowy ubezpieczenia i terminu jej obowiązywania,
5. przedmiotu umowy ubezpieczenia i warunków jej wykonania,
6. oznaczenia stron umowy ubezpieczenia,
7. wysokości składki ubezpieczeniowej,
8. wskazania ogólnych warunków ubezpieczenia, w oparciu o które została zawarta umowa ubezpieczenia oraz ich dostarczenia ubezpieczającemu.

Odwołujący dodał, że nie ma analogicznego obowiązku dla krajowych zakładów ubezpieczeń, choć przepisy Rozdziału 1 Dział II Ustawy wskazują pewne obligatoryjne

elementy umowy ubezpieczenia, w praktyce skutkujące ich umieszczeniem właśnie w wydawanym dokumencie ubezpieczenia (vide opłaconej polisie lub innym dokumencie potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia). Tymczasem omawiane świadectwa nie zawierają wszystkich wskazanych powyżej elementów. Brak jest np. miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia, właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia, daty zawarcia umowy ubezpieczenia i terminu jej obowiązywania (świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 24 marca 2014 r. wskazuje jedynie, iż rzeczony świadectwo ubezpieczenia jest ważne od 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2014 r. – o ile polisa nie zostanie anulowana w tym okresie), przedmiotu umowy ubezpieczenia i warunków jej wykonania, wysokości składki ubezpieczeniowej, wskazania ogólnych warunków ubezpieczenia, w oparciu, o które została zawarta umowa ubezpieczenia oraz ich dostarczenia ubezpieczającemu.

Po czwarte, nie sposób jednoznacznie przyjąć, iż Wykonawca CS przedkładając Zamawiającemu świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 2 czerwca 2014 r., wywiązał się z obowiązku wykazania zakresu jaki obejmuje polisa o numerze XFR0051393LI. Z rzeczonoego dokumentu wynika bowiem jedynie, iż zakresem rzeczonoj polisy objęty jest Ubezpieczony czyli SUEZ ENVIRONNEMENT SAS, zaś Wykonawcy CS zapewniona jest jedynie ochrona ubezpieczeniowa. Ze względu na fakt, iż podana polisa została zawarta w świetle obowiązującego prawa francuskiego nie można wykluczyć, iż zakres pojęciowy określenia ubezpieczony oraz podmiot, któremu polisa zapewnia ochronę ubezpieczeniową nie jest tożsamy. Z przedłożonego świadectwa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 2 czerwca 2014 r. nie wynika, iż wymieniony zakres polisy obejmuje zarówno Ubezpieczonego, jak Wykonawcę CS.

Po piąte, Odwołujący zauważył, iż przedkładane przez Wykonawcę CS świadectwa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie poświadczają aby w dacie złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. W świadectwach z dnia 24 marca 2014 r. oraz 15 lipca 2014 r. widnieje zapis „[...]Niniejszym oświadczam się, że ubezpieczony na bieżąco opłaca składki za zakończony okres ubezpieczenia oraz nie zalega z płatnością żadnych składek. Niniejsze świadectwo nie jest wiążące dla Ubezpieczyciela jeżeli wykracza poza warunki i kwoty powyższej polisy. Świadectwo ważne jest od 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2014 r. jeżeli polisa nie zostanie anulowana w tym okresie[...]”. Dodatkowo, w świadectwie z dnia 15 lipca 2014 r. umieszczony jest zapis: „[...]Informacja jest wystawiona na prośbę spółki CONSEKO-SAFEGE, w celu przedstawienia w postępowaniu przetargowym potwierdzający jedynie ważność świadectwa

od 1 stycznia 2014 roku do 31 grudnia 2014 roku, z zastrzeżeniem, iż polisa w rzeczonym czasie może zostać anulowana[...]”. Brak jest zatem pewności, aby przedmiotowa polisa nie została anulowana oraz aby w dniu składania oferty wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Odwołujący podkreślił dodatkowo, że w obowiązującym stanie prawnym to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art 22 ust 1 Pzp oraz, że nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp. Tym samym, co do zasady, to nie zamawiający ma udowodniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Wykonawca CS wzywany dwukrotnie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i raz na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp, nie potwierdził spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.3.b SIWZ. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp wyraźnie wskazuje, że „[...]złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert[...]”, co w niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie miało miejsca.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że Wykonawca CS przedstawił tzw. inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC, który potwierdzał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Zaznaczył również, że nie ma znaczenia, czy dokument polisy istnieje (został wystawiony), bowiem to od woli wykonawcy zależy, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posłuży się nim, czy wspomnianym innym dokumentem. Zakwestionował również stanowisko Odwołującego, że przy ocenie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej priorytet ma dokument polisy.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu podpisania świadectw ubezpieczenia, które zostały przedłożone mu przez Wykonawcę CS Zamawiający oświadczył, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądowym parafa jest uważana za podpis, a nadto, że w obrocie funkcjonują dokumenty, które dla swej ważności nie wymagają podpisu w ogóle, bądź takie, które są podpisywane nieczytelnie z jednoczesnym przystawieniem na nich pieczętki imiennej osoby podpisującej.

Do postępowania odwoławczego, z zachowaniem wymogów formalnych wynikających z przepisu art. 185 ust. 2 Pzp, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca CS (dalej również „Przystępujący”). W piśmie procesowym z dnia 19 sierpnia 2014 r. wniósł o oddalenie odwołania, w powołaniu na przytoczoną poniżej argumentację.

Zamawiającemu, wraz z ofertą, przedłożone zostało „Świadczenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 24 marca 2014 r. wystawione przez AXA Corporate Solutions Assurance na rzecz SUEZ ENVIRONNENT SAS. Z przedmiotowego dokumentu wynikało, że:

1. Przystępujący na mocy polisy nr XFR0051393LI Kompleksowego Ubezpieczenia od Odpowiedzialności Cywilnej jest ubezpieczony od szkód wymienionych w polisie wyrządzonych przez Ubezpieczonego stronom trzecim w wyniku prowadzenia działalności gospodarczej,
2. Przystępujący ma zapewnioną ochronę ubezpieczeniową do kwoty 5.000.000,00 €,
3. Ubezpieczony na bieżąco opłaca składki za zakończony okres ubezpieczenia oraz nie zalega z płatnością żadnych składek,
4. ubezpieczenie obowiązuje od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2014 r.

W dniu 30 czerwca 2014 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał do wyjaśnienia zakresu działalności podlegającej ubezpieczeniu oraz w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentu opłacenia polisy odpowiedzialności cywilnoprawnej lub w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w szczególności potwierdzenia opłacenia polisy.

W dniu 14 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę CS, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia oświadczeń i złożonych do oferty dokumentów poprzez wskazanie na dokument potwierdzający opłacenie polisy od odpowiedzialności cywilnej oraz ważność polisy odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty.

W odpowiedzi na ww. wezwania Przystępujący złożył wyjaśnienia przy piśmie z dnia 1 lipca 2014 r., w którym wykazał, iż jest objęty ochroną ubezpieczeniową wynikającą z polisy nr XFR0051393LI wystawione przez AXA Corporate Solutions Assurance. Dodatkowo Przystępujący przedłożył „Świadczenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 2 czerwca 2014 r. oraz z dnia 15 lipca 2014 r.

Powyższe dokumenty potwierdzają, że Przystępujący jest objęty ubezpieczeniem w ramach grupy SUEZ ENVIRONNENT SAS na podstawie tej samej polisy XFR0051393U. Ponadto już z dokumentu z dnia 26 kwietnia 2014 r. wynikało, iż polisa ta jest opłacona o czym

świadczyło zawarte w dokumencie sformułowanie „[...]Ubezpieczony na bieżąco opłaca składki za zakończony okres ubezpieczenia oraz nie zalega z płatnością żadnych składek[...]”. Niemniej jednak, w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2014 r. Przystępujący – przy piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. – przedłożył „Świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 2 czerwca 2014 r. celem wskazania zakresu ubezpieczenia. Wykonawca CS podkreślił, że fakt, iż dokument ten nie zawiera analogicznego sformułowania jak dokument z dnia 24 marca 2014 r. w zakresie nie posiadania zaległości w opłacaniu składek (tym samym w zakresie potwierdzającym opłacenie polisy), niemniej jednak jak Przystępujący wskazywał w wyjaśnieniach kierowanych do Zamawiającego, że już z treści „Świadectwa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 24 marca 2014 r. załączonego do oferty wynikało, iż polisa była opłacona. Ponieważ Zamawiający w dniu 14 lipca 2014 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia oświadczeń i złożonych do oferty dokumentów poprzez wskazanie na dokument potwierdzający opłacenie polisy od odpowiedzialności cywilnej oraz ważność polisy odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty, Przystępujący z ostrożności, przy piśmie z dnia 15 lipca 2014 r., złożył „Świadectwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” z dnia 15 lipca 2014 r. stanowiące rekapitulację świadectw z dnia 24 marca 2014 r. oraz z dnia 2 czerwca 2014 r. Wyjaśnił jednocześnie, iż wszystkie te dokumenty dotyczą tej samej polisy, która na dzień składania ofert była ważna, nie została anulowana, tym samym zapewnia ochronę ubezpieczonemu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Wykonawca CS stwierdził, że w powyższym stanie faktycznym skorzystał z uprawnienia przewidzianego przepisem § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia do przedstawienia innego niż opłacona polisa dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Podkreślił, że Odwołujący w swej argumentacji podniesionej w odwołaniu całkowicie pominął fakt, iż Przystępujący jest wykonawcą działającym także w ramach innego reżimu prawnego i innej kultury prawnej. Z tego faktu treść dokumentów przez niego przedkładanych może odbiegać od dokumentów przedkładanych przez innych wykonawców. O ile dokumenty te odpowiadają wymaganiom SIWZ i potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający nie jest uprawniony z tego faktu do wyciągania negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy CS. Wyjaśnił, że świadectwa przedstawione Zamawiającemu zostały wystawione we Francji. Polisa nr XFRG0B1393LI, której dotyczą te dokumenty jest Polisą Programu Światowego, którym objęte są spółki wchodzące w skład Grupy Suez Environment. Praktyka stosowana przez ubezpieczyciela w przypadku dużej liczby podmiotów objętych ubezpieczeniem w ramach tego programu

polega na nie wystawianiu polis na każdego z ubezpieczonych z osobna. Ubezpieczyciel wystawia jedną polisę na rzecz całej grupy. Tym samym z tak ukształtowanej praktyki ubezpieczyciela, który działa w oparciu o reżim prawny obowiązujący we Francji wynika, że nie może istnieć i nie istnieje polisa wystawiona jedynie na rzecz Przystępującego. Wobec tej okoliczności Przystępujący nie mógł przedstawić dokumentu opłaconej polisy, przedstawił zatem inny dokument w myśl § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia. Wykonawca CS zaznaczył, iż praktyka dowodzi, iż często przedsiębiorcy, w szczególności zagraniczni, choć są objęci ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, nie mogą potwierdzić tego dokumentem o nazwie „polisa”. Często istnieje bowiem taka sytuacja, że dokument o takiej nazwie nie jest przez ubezpieczyciela wystawiany lub jest wystawiany na całą grupę podmiotów. Zamiast tego ubezpieczyciel wystawia inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, np. certyfikat. Praktyka pokazuje również, iż wtedy Zamawiający nie ma wątpliwości, że przedstawienie przez wykonawcę innego dokumentu niż polisa, wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, uznać należy za prawidłowe. W ocenie Przystępującego jest to praktyka zgodna z brzmieniem z § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia, gdzie określono, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać „[...]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[...]”. Przystępujący zasygnalizował, że takie działanie Zamawiającego jest jak najbardziej zgodne z treścią SIWZ, w szczególności z pkt 9.1.3 SIWZ, w którym to Zamawiający wskazał, że „[...]Jeżeli z uzasadnionych przyczyn Wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku[...]”.

W odniesieniu do zarzutu związanego z ważnością przedstawionych świadectw, Przystępujący zauważył, że fakt, iż żaden z tych dokumentów nie zawiera imienia i nazwiska, czy też stanowiska osoby wy stawiającej to świadectwo, nie przesądza o ważności tych świadectw. Podkreślił, że zawarcie umowy ubezpieczenia następuje w chwili złożenia przez ubezpieczającego oferty i jej przyjęcia poprzez zakład ubezpieczeń, wobec czego dla skuteczności zawarcia takiej umowy nie jest wymagana żadna forma kwalifikowana. Wskazał ponadto, że Odwołujący po raz kolejny pominął okoliczność, iż przedmiotowe dokumenty zostały wystawione we Francji, gdzie nie istnieje dodatkowy wymóg w postaci opatrzenia podpisu imieniem i nazwiskiem osoby podpisującej dokument.

Praktyka stosowana przez ubezpieczycieli polega jedynie na opatrzeniu dokumentu podpisem i pieczęcią.

Na rozprawie Przystępujący podtrzymał przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w postaci dokumentacji Postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu oraz piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że Odwołujący był legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Potwierdził się zarzut niewykazania przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu opłaconej polisy. W odniesieniu do niego ustalono, że zgodnie z pkt III.2.2.1.b Ogłoszenia oraz pkt 9.1.3.b SIWZ Zamawiający postawił wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 500.000,00 zł. Jego weryfikacja miała natomiast następować w oparciu o załączoną do oferty opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca CS w toku Postępowania (tj. zarówno w złożonej ofercie, jak i w późniejszej korespondencji z Zamawiającym) posłużył się dokumentami świadectw ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia z dnia 24 marca, 2 czerwca i 15 lipca 2014 r., w których treści ujawniono m.in. informację o numerze polisy i opłaceniu składek.

Wobec powyższego Izba uznała, że Wykonawca CS uchybił obowiązkowi wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu nie załączając do oferty, jak i nie przedkładając następnie na wezwanie Zamawiającego (*vide* wezwanie z dnia 30 czerwca 2014 r.) opłaconej polisy, mimo iż dokument taki istniał już w terminie składania ofert. Nie uwzględniono przy tym argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że przepis § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia przewiduje po stronie wykonawcy uprawnienie do wyboru jakim dokumentem posłuży się on celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Literalne brzmienie omawianej regulacji wskazuje, że wykonawcy w pierwszej kolejności mają posługiwać się opłaconą polisą,

ponieważ tam gdzie ustawodawca przewidział możliwość wyboru dokumentów, które zostaną przedłożone zamawiającemu, wyraźnie wskazał na to w treści odpowiedniego przepisu Rozporządzenia (por. § 6 ust. 4 Rozporządzenia, który stwarza wykonawcy alternatywę, dopuszczając możliwość przedłożenia dokumentów wymienionych w § 6 ust. 1 pkt 2-4 Rozporządzenia lub innych dokumentów potwierdzających odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem). Dopiero w przypadku braku opłaconej polisy wykonawca może skorzystać z uprawnienia do przedłożenia innego dokumentu i chociaż ustawodawca nie dał wskazówek, w jakich sytuacjach możemy mówić o braku dokumentu, zdaniem Izby, należy przyjąć, że chodzi tu o przypadki jego nieistnienia. Najczęstszą taką sytuacją będzie posiadanie przez wykonawcę polisy, od której nie została uiszczona należna ubezpieczycielowi składka, innymi – przykładowo zagubienie lub zniszczenie dokumentu albo nieotrzymanie od ubezpieczyciela dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia. Ergo, § 1 ust. 1 pkt 11 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. Stwierdzono przy tym, że wątpliwości odnośnie możliwości przedłożenia innego dokumentu w miejsce wystawionej i opłaconej polisy musiał mieć również sam Zamawiający, skoro – oprócz wskazania zakresu działalności objętej ubezpieczeniem – zażądał również przedłożenia opłaconej polisy, o czym świadczy treść pisma z dnia 1 lipca 2014 r.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie były twierdzenia Przystępującego, że udowodnienie braku dokumentu ubezpieczenia napotykałoby na trudności dowodowe. Należy bowiem zauważyć, że zarówno z treści przedkładanych Zamawiającemu świadectw ubezpieczenia, jak i z pisma Wykonawcy CS z dnia 1 lipca 2014 r. wynikało *expressis verbis*, że – po pierwsze – dokument polisy istnieje (nr polisy XFR0051393LI) oraz, że – po drugie – składki z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia, potwierdzonej wspomnianą polisą, są opłacane na bieżąco. Prowadzi to do wniosku, że nie mógł odnieść skutku wywód Przystępującego o często spotykanym braku możliwości potwierdzenia przez przedsiębiorcę, zwłaszcza zagranicznego, posiadania ubezpieczenia OC dokumentem polisy z uwagi na fakt, że dokument o takiej nazwie nie jest przez ubezpieczyciela wystawiany lub jest wystawiany na całą grupę podmiotów. *Ad casum* dokument takowy istniał, zaś okoliczność, że stwierdzał on posiadanie ubezpieczenia nie tylko przez Przystępującego, ale również przez inne podmioty, pozostawała bez wpływu na możliwość dokonania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu na podstawie dokumentu o takiej właśnie treści. Co do zasady nie ma bowiem znaczenia, czy polisa stwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia wyłącznie przez wykonawcę, który ubiega się o

udzielenie zamówienia publicznego, czy przez grupę podmiotów, w której – obok wykonawcy – są również podmioty nie biorące udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła również, że chybione było odwoływanie się przez Wykonawcę CS do zawartego w pkt 9.1.3.b SIWZ zastrzeżenia (odpowiednik przepisu art. 26 ust. 2c Pzp), że jeżeli z uzasadnionych przyczyn wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku. Trzeba mieć na uwadze, że skorzystanie z tego dobrodziejstwa wymagało istnienia uzasadnionej przyczyny, na którą to Przystępujący ani nie powoływał się w korespondencji prowadzonej z Zamawiającym na etapie Postępowania (przeciwnie – w piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. oświadczył wprost, że nie przedstawił polisy ubezpieczeniowej lecz inny dokument, mimo iż – jak wskazano powyżej – dokument polisy istniał), ani istnienia jej nie udowodnił w postępowaniu odwoławczym. Z przytoczonych powyżej względów Izba nie podzieliła bowiem argumentacji dotyczącej obowiązujących we Francji zasad ubezpieczania przedsiębiorców, czy nieistnienia dokumentu polisy wystawionego wyłącznie na Wykonawcę CS.

Izba miała również w powyższym zakresie na względzie, że Przystępujący w żaden sposób nie kwestionował skierowanego do niego wezwania do uzupełnienia dokumentów, wskazując na brak opłaconej polisy, który uprawniałby do przedłożenia dokumentu świadectwa ubezpieczenia (przeciwnie – przyznał, że dokument taki istnieje). Nie mniej istotny jest również fakt, że Wykonawca CS dwukrotnie występował do swojego ubezpieczyciela o wystawienie świadectw ubezpieczenia (i za każdym razem dokumenty takowe otrzymywał), zamiast zwrócić się o przesłanie właściwego dokumentu (polisy). Można, a wręcz trzeba wymagać od profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, do których zalicza się Przystępujący, aby działali oni z podwyższoną starannością, która – w tej sprawie – wymagała spełnienia żądania przedłożenia opłaconej polisy pod rygorem skutków wynikających z przepisów Pzp, które również takiemu wykonawcy winny być znane.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro Wykonawca CS nie przedłożył zasadnie żadanego przez Zamawiającego dokumentu, pomimo braku przeszkód do uczynienia zadość takiemu wezwaniu, zasadne jest unieważnienie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i zastosowanie wobec niego sankcji wykluczenia z Postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz powtórzenie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących treści przedłożonych przez

Przystępującego świadectw ubezpieczenia izba wskazuje, że nie miał racji Odwołujący twierdząc, że dokumenty te dyskwalifikuje okoliczność, że zawarto w nich zastrzeżenie o możliwości anulowania polisy, której wystawienie i zakres wspomniane świadectwa potwierdzały. Trzeba mieć bowiem na względzie, że umowa ubezpieczenia – jak każdy stosunek obligacyjny – może ulec wygaśnięciu, przykładowo na skutek jej wypowiedzenia przez jedną ze stron, bądź upływu okresu, na który została zawarta. Nie uwzględniono również opartej w istocie na domysłach argumentacji, że z przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego świadectwa ubezpieczenia nie wynika zakres udzielonej Przystępującemu, na mocy polisy XFR0051393LI, ochrony ubezpieczeniowej, a to z uwagi na możliwą na gruncie prawa francuskiego różnicę w zakresach pojęć „ubezpieczony” i „podmiot, któremu polisa zapewnia ochronę ubezpieczeniową”. Odrębną kwestią jest natomiast okoliczność, że świadectwa ubezpieczenia z dnia 24 marca, 2 czerwca i 15 lipca 2014 r. nie zawierają wszystkich przewidzianych przepisem art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.2913.950) elementów, od których uzależnia się zakwalifikowanie przedłożonego dokumentu, jako innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Kwestia ta, wobec uwzględnienia zarzutu opartego na nieprzedstawieniu właściwego dokumentu, pozostaje jednak na marginesie rozważań Izby.

Nie mógł również odnieść skutku zarzut związany z brakiem podpisu na świadectwach ubezpieczenia. Izba miała bowiem na względzie, że Odwołujący, wbrew spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp) nie wykazał, że dokumenty owe (wystawione, co istotne, w innym reżimie prawnym) wymagają dla swej ważności podpisu, którego cechom poświęcił obszerny wywód odwołania.

Reasumując, wobec potwierdzenia się jednego z zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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.2010.41.238).

Przewodniczący: