

WYROK
z dnia 12 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2015 r. przez wykonawcę PORR Polska SA w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ząbkach, przy udziale wykonawców:

- 1) Budimex SA w Warszawie,
- 2) Skanska SA w Warszawie
- 3) IDS – BUD SA w Warszawie

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego PORR Polska SA w Warszawie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez PORR Polska SA w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego PORR Polska SA w Warszawie, na rzecz Zamawiającego kwotę 3 949,53 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy dziewięciuset czterdziestu dziewięciu złotych, pięćdziesięciu trzech groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Skład orzekający:

2

Sygn. akt KIO 179/15

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ząbkach prowadzi postępowanie sektorowe na realizację inwestycji pn. „Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru Budimex SA w Warszawie, a w dniu 29 stycznia 2015 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo nie wykazania przez kilku wykonawców [w tym wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu], iż spełniają opisane przez Zamawiającego wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, to jest:

- 1) zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex SA w Warszawie do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy, zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, zaniechanie

- odrzucenia jego oferty oraz dokonanie wyboru jego oferty, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - punkt V.1. 4) a) SIWZ w zw. z punktem VI. A 5. SIWZ;
- 2) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy Skanska SA w Warszawie, wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - punkt V.1. 4) a) SIWZ w zw. z punktem VI. A 5. SIWZ;
 - 3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy wykonawcy IDS-BUD SA w Warszawie oraz wykluczenia i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - punkt V.1.4) a) SIWZ;
 - 4) zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - punkt V.1. 4) a) SIWZ w zw. z punktem VI. A 5. SIWZ;
 - 5) zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 4), art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w związku 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 dnia 19 lutego 2013 r.], poprzez brak wezwania wykonawcy Budimex do uzupełniania dokumentu opłaconej polisy, a następnie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, gdyż Budimex nie potwierdził, iż spełnia warunek udziału określony w punkcie V.1. 4), a) SIWZ:
 - wykonawca ten przedłożył w postępowaniu certyfikat do polisy odpowiedzialności cywilnej pomimo tego, że jest podmiotem ubezpieczającym i powinien posiadać kopię opłaconej polisy tj. brak jest przesłanek do przedkładania tzw. innego dokumentu w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia albo art. 26 ust. 2c ustawy;
 - przedłożony certyfikat nie potwierdza jednoznacznie, że wykonawca Budimex nie konkuruje z innymi podmiotami o sumę gwarancyjną 100.000.000 zł [certyfikat grupy kapitałowej Budimex];
 - większość franszyz redukcyjnych opisanych w polisę opiewa na wartość 10% odszkodowania, co oznacza, że, przy szkodzie o wartości 100.000.00 zł ubezpieczenie nie pokrywa wartości 10.000.000 zł [1/10 wartości wymagalnego minimalnego ubezpieczenia];
2. art. 22 ust. 1 pkt 4) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia, art. 26 ust. 2c ustawy poprzez brak wezwania wykonawców Skanska i Strabag do uzupełniania dokumentu opłaconej polisy, a następnie wykluczenia tych wykonawców i odrzucenia ich ofert, gdyż wykonawcy Ci nie potwierdzili, iż spełniają warunek udziału określony w punkcie V.1. 4) a) SIWZ.
 - Wykonawcy Skanska i Strabag przedłożyli w postępowaniu świadectwo/zaświadczenie do polisy odpowiedzialności cywilnej pomimo, że podmiotem ubezpieczającym są dla nich spółki będące powiązane kapitałowo z akcjonariuszem/udziałowcem tych wykonawców i dlatego powinni oni posiadać kopię opłaconej polisy tj. brak jest przesłanek do przedkładania tzw. innego dokumentu w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia albo art. 26 ust. 2c ustawy;

- przedłożone świadectwo/zaświadczenie wskazują, że wykonawcy Skanska i Strabag konkurują z innymi podmiotami o sumę gwarancyjną 100.000.000 zł [odpowiednio 1000 euro i 100.000.000 zł], gdyż są współubezpieczeni co najmniej z - odpowiednio - spółkami Skanska AB oraz Strabag AG

- franszyza redukcyjna opisana w certyfikacie wykonawcy Skanska opiewa na wartość 1 000 000 euro, co oznacza że, co do zasady, suma gwarancyjna nie obejmuje ubezpieczenia znaczącej kwoty ponad 4 200 000 zł z kwoty 100.000.000 zł wymaganej przez Zamawiającego.

- w przypadku wykonawcy Strabag brak jest ponadto informacji, czy i jak wysoka jest wartość fransyz redukcyjnych zawartych w polisie.

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 4) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia, poprzez brak wezwania wykonawcy IDS-BUD do uzupełniania dokumentu opłaconej polisy, a następnie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, gdyż wykonawca ten nie potwierdził, iż spełnia warunek udziału określony w punkcie V.1. 4) a) SIWZ.

- Wykonawca ten przedłożył w postępowaniu polisę odpowiedzialności, która nie obejmuje działalności prowadzonej przez tego wykonawcę na dzień składania ofert, tj. obejmuje wyłącznie Budowę Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Drewnicy. Innymi słowy, dotyczy przyszłej działalności tego Wykonawcy, a nie działalności prowadzonej na dzień składania ofert.

- mamy do czynienia z polisą kontraktową [dotyczącą konkretnego zamówienia], której koszt uzyskania jest z reguły kilkakrotnie niższy niż koszt polisy dotyczącej ubezpieczenia działalności prowadzonej przez IDS-BUD na wartość 100.000.000 zł i tym samym zdolność ekonomiczna i finansowa wykonawcy do uzyskania polisy na działalność wykonawcy na wartość 100.000.000 zł nie została przez IDS-BUD potwierdzona;

- IDS-BUD jest polisą nieopłaconą, gdyż zawiera odroczony termin płatności prawie całej wartości składki.

3. naruszenie art. 91. ust. 1 ustawy, tj. niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i jego oferta jest najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert, w tym:

- 1) wezwania wykonawców Budimex, Skanska, IDS-BUD oraz Strabag w trybie art. 26 ust. 3 ustaw do przedłożenia opłaconej polisy, a w razie jej braku [co wykonawcy powinni wykazać] innego dokumentu potwierdzającego, że każdy z wykonawców jest ubezpieczony [a nie wspólnie/razem z innymi podmiotami] od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia [a nie tylko w zakresie przyszłego przedmiotu zamówienia – co d IDS -BUD] na kwotę nie mniejszą niż 100 000 000 zł [słownie: sto milionów złotych];
- 2) w razie niewykazania przez tych wykonawców spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej - pomimo ich wezwania do uzupełnienia dokumentu opłaconej polisy zgodnie z punkt V.1. 4) a) SIWZ oraz punktem VI. A 5. SIWZ - nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców Budimex, Skanska, IDS-BUD, Strabag z postępowania, odrzucenia ofert tych wykonawców i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] W punkcie V.1. 4) a) SIWZ Zamawiający opisał warunek udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców: „*warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100 000 000, 00 zł [słownie: sto milionów złotych]. Stosownie do punktu VI. A 5. SIWZ - oświadczenia i dokumenty w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu: [...] 5. Opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający; że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

[2] Wykonawca Budimex, w celu spełnienia ww. warunku, przedłożył Certyfikat nr 1 do umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Grupy Budimex nr PO/00604188/2014.

W certyfikacie tym, jako ubezpieczający i ubezpieczony wskazany jest wykonawca Budimex. Jako sumę gwarancyjną wskazano: 100.000.000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w okresie ubezpieczenia. Powyższe oznacza, że w razie zajścia jednego zdarzenia o wartości 100.000.000 zł suma gwarancyjna ulega wyczerpaniu i nie odnawia się. Jednocześnie w certyfikacie tym wskazano szereg fransyz redukcyjnych, które pozwalają na

6

redukcję większości odszkodowań o wartość 10%. Innymi słowy, w razie wystąpienia szkody o wartości 100.000.000. PLN zł, ubezpieczyciel będzie zobowiązany do wypłaty nie więcej niż 90.000.000 zł wartości szkody. Jest to bardzo istotne obniżenie ryzyka dla ubezpieczyciela i przekłada się na znacznie niższą składkę ubezpieczeniową, jaką wykonawca Budimex zobowiązany był uiścić. Nadto, z certyfikatu, jako że nie jest to pełny dokument polisy, nie można odczytać, ile podmiotów jest ubezpieczonych na sumę gwarancyjną 100.000.000 zł i czy suma ta jest wyłącznie zagwarantowana dla wykonawcy Budimex czy także dla około 30 innych podmiotów Grupy Budimex. Zakres informacji udzielanych przez ubezpieczyciela w certyfikacie jest kształtowany przez ubezpieczyciela i ubezpieczającego i tym samym certyfikat może nie wskazywać wszystkich podmiotów współubezpieczonych na określoną w polisie sumę. Informacje takie zawiera pełna polisa Budimex, której wykonawca ten jednak nie przedłożył - pomimo wyraźnego obowiązku wskazanego w SIWZ i w Rozporządzeniu.

[3] Odnośnie wykonawcy Skanska SA w Warszawie przedłożył on Świadcstwo Ubezpieczeniowe wystawione przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe Zürich [z ograniczoną odpowiedzialnością] Oddział w Zjednoczonym Królestwie, z którego jednoznacznie wynika, że wykonawca Skanska SA w Warszawie jest współubezpieczony z podmiotem Skanska AB. Limit odpowiedzialności został określony na wartość 35.000.000. EUR na pojedyncze zdarzenie oraz 35.000.000 EUR [ok. 147.000.000 PLN] na zdarzenia [zagregowane] przez cały okres trwania polisy. Powyższe oznacza, że w razie zajścia jednego zdarzenia o wartości 100.000.000 zł dla Skanska AB suma gwarancyjna ulega wyczerpaniu do tej kwoty i nie odnawia się [pozostaje 47 000 00 zł dla Skanska]. Skanska i Skanska AB konkurują zatem o wartość ww. sumy gwarancyjnej. Innymi słowy, wykonawca Skanska nie ma zagwarantowanej dla siebie sumy gwarancyjnej nie mniejszej niż 100.000.000 zł. Co więcej, można z bardzo dużym prawdopodobieństwem uznać, że polisa wskazana w Świadcstwie Ubezpieczeniowym [nr 7043025] jest tzw. polisą światową wykonawcy Skanska i obejmuje kilkadziesiąt jeśli nie kilkaset podmiotów z grupy kapitałowej Skanska. Powyższe może potwierdzić dokument polisy, który w ocenie Odwołującego został bądź może być udostępniony Skanska przez ubezpieczonego Skanska AB, jako spółki powiązanej kapitałowo z tym wykonawcą. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że jeśli wykonawca Skanska skutecznie wykazałby na etapie ponownego badania i oceny ofert, że nie posiada dokumentu opłaconej polisy [w tym jej kopii], to wykonawca ten powinien zostać wezwany do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy w celu oświadczenia, czy limit odpowiedzialności 35.000.000 EUR wskazany w Świadcstwie Ubezpieczenia przysługuje wyłącznie Skanska SA, czy może także innym podmiotom, w tym o wskazanie liczby tych podmiotów. W świadectwie tym wskazano franszyzę redukcyjną, która pozwala na redukcję odszkodowań o wartość 1.000.000 Euro

[około 4.200.000 zł]. Jest to bardzo istotne obniżenie ryzyka dla ubezpieczyciela i przekłada się na znacznie niższą składkę ubezpieczeniową, jaką ubezpieczający [jako ew. podmiot udzielający Skanska swoje zasoby] albo współubezpieczony wykonawca [jeśli zapłata składki dokonana została przez niego] zobowiązani byli uiścić.

[4] Wykonawca IDS-BUD przedłożył na potwierdzenie spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej polisę nr 454000000459 wystawioną przez ubezpieczycieli: Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA oraz Generali Towarzystwo Ubezpieczeń SA. Suma ubezpieczenia opiewa na wartość 100.000.000 zł, która nie odpowiada wymogom opisanym przez Zamawiającego w SIWZ i określonym w Rozporządzeniu. Polisa wykonawcy IDS-BUD nie stanowi potwierdzenia ubezpieczenia dla prowadzonej przez tego wykonawcę działalności na dzień składania ofert. Jako działalność przyjętą do ubezpieczenia wskazano: *Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Drewnicy*. Wykonawca IDS-BUD przedłożył tzw. polisę kontraktową, która wiąże się z dużo mniejszym ryzykiem kontraktowym dla ubezpieczycieli. Nie stanowi zatem wymaganego w SIWZ i w Rozporządzeniu należytego potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w tym możliwości uiszczenia składki. Składka ubezpieczeniowa na polisę kontraktową za 100.000.000 zł będzie bowiem wielokrotnie niższa od składki wyliczonej dla działalności IDS-BUD w zakresie prowadzonej na dzień składania ofert działalności.

Polisa oc wykonawcy IDS-BUD nie jest opłacona, gdyż zawiera odroczony termin płatności prawie całej wartości składki [IDS -BUD zapłacił do dnia składania ofert kwotę 1.000 zł, a cała składka opiewa na wartość 100.000 zł. IDS- BUD opłacił zatem do dnia składania i otwarcia ofert tylko 1% składki.

[5] Wykonawca Strabag przedłożył w postępowaniu Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej [*Third Party Liability Insurance*] wystawione przez ubezpieczyciela Generali Versicherung AG na podstawie Umowy Ramowej pomiędzy Strabag SE a Generali Versicherung AG. Wykonawca ten nie przedłożył opłaconej polisy i nie wykazał, że jej nie posiada [co najmniej kopii], pomimo tego, że wg KRS Strabag AG jest udziałowcem tego wykonawcy posiadającym 95% jego udziałów a firma Strabag SE jest spółką z grupy kapitałowej wykonawcy. Trudno zatem uznać za wiarygodne ewentualne oświadczenie wykonawcy Strabag, że pomimo tak silnego powiązania spółek Strabag i Strabag AG, a także Strabag SE wykonawca ten nie posiada bądź nie może uzyskać kopii polisy zawartej przez Strabag AS.

Strabag jest współubezpieczony z podmiotem Strabag AG. Suma odpowiedzialności została określona jako: 100.000.000 PLN i roczny zagregowany ryczałt za wszelkie obrażenia

cięższe i szkody majątkowe łącznie. Powyższe oznacza, że w razie zajścia jednego zdarzenia o wartości 100.000.000 zł suma gwarancyjna ulega wyczerpaniu do tej kwoty i nie odnawia się. Strabag i Strabag AG konkurują zatem o wartość ww. sumy gwarancyjnej. Innymi słowy, wykonawca Strabag nie ma zagwarantowanej dla siebie sumy gwarancyjnej nie mniejszej niż 100 000 000 zł. Nadto, można z bardzo dużym prawdopodobieństwem założyć, że polisa wskazana z Zaświadczeniu jest tzw. polisą światową grupy Strabag i obejmuje kilkadziesiąt jeśli nie kilkaset pomiotów z grupy kapitałowej Strabag. Powyższe może potwierdzić dokument polisy, które w ocenie Odwołującego został mu udostępniony przez ubezpieczonego Strabag AG lub Strabag SE, jako spółki powiązanej kapitałowo z tym wykonawcą.

Jednocześnie, z ostrożności. Odwołujący podniósł, że jeśli wykonawca Strabag skutecznie wykazałby na etapie ponownego badania i oceny ofert, że nie posiada dokumentu opłaconej polisy [w tym jej kopii], to wykonawca ten powinien zostać wezwany do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy w celu oświadczenia, czy limit odpowiedzialności 100.000.000 PLN wskazany w Zaświadczeniu przysługuje wyłączenie Strabag, czy może także innym podmiotom, w tym o wskazanie liczby tych podmiotów.

Zaświadczenie to nie wskazuje czy i jak wysokie franszyzy redukcyjne zostały zawarte w polisie dla ww. sumy ubezpieczenia. Jeśli franszyzy te są bardzo znaczące, jak ma to miejsce w przypadku wykonawców Budimex oraz Skanska, powinno to skutkować uznaniem, że wykonawca Strabag nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

[6] Bez wzywania przez Zamawiającego do wyjaśnień wykonawców Budimex, Skanska i Strabag w zakresie oświadczenia czy posiadają oni takową polisę [lub jej kopii], Zamawiający postąpił wbrew literalnemu brzmieniu treści SIWZ i Ogłoszenia dopuszczając inne niż opłacona polisa dokumenty potwierdzające, iż wykonawcy ci są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia; powyższe stanowi także jaskrawe naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu wobec innych wykonawców, którzy takie polisy okazali Zamawiającemu w celu pełnej i koniecznej weryfikacji spełnienia przez nich warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r. [KIO 1615/14]: „*dopiero w przypadku braku opłaconej polisy wykonawca może skorzystać z uprawnienia do przedłożenia innego dokumentu i chociaż ustawodawca nie dał wskazówek, w jakich sytuacjach można mówić o braku dokumentu, 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*

9

np. zagubienie lub zniszczenie dokumentu albo nieotrzymanie od ubezpieczyciela dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia.” Zamawiający nie wzywając wykonawców, którzy złożyli tzw. polisy zbiorowe [Budimex, Skanska, Strabag] do uzupełnienia opłaconej polisy, która wskazywałaby jednoznacznie, że podmioty te nie konkurują z innymi podmiotami o wymaganą w SIWZ i Ogłoszeniu kwotę ubezpieczenia, postąpił wbrew określonym przez siebie w SIWZ wymaganiom: w tym miejscu warto przywołać konkluzję wyroku KIO z dnia 10 maja 2013 r. [KIO 896/13], iż posłużenie się ubezpieczeniem zbiorowym nie jest wykluczone, o ile z przedłożonego dokumentu wynikać będzie bezspornie dla zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem innych podmiotów pozostaje bez wpływu na możliwość korzystania przez wykonawcę z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej zgodnej z wymaganiem SIWZ, tj. że jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę zgodną z SIWZ i nie konkuruje on z podmiotami objętymi wspólnym ubezpieczeniem w zakresie tej ochrony ubezpieczeniowej na wymaganą SIWZ kwotę; por. także wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2012 r. KIO/UZP 1240/12;

Zamawiający nie wzywając wykonawców którzy złożyli tzw. polisy zbiorowe [Budimex, Skanska] do wyjaśnień i uzupełnienia opłaconej polisy, które nie zawierałyby tak wysokich franszyz redukcyjnych, lub nie badając ich wysokości [Strabag] naruszył zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu wobec innych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy zawarli te franszyzy na poziomie minimalnym, mniejszym niż 0,01%, wymaganej kwoty ubezpieczenia.

Zamawiający, nie wzywając wykonawcy IDS-BUD do uzupełnienia opłaconej polisy w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, również postąpił wbrew wyraźnej treści SIWZ, która nie dopuszcza przedkładania polisy oc kontraktowej, tj. przedłożenia ubezpieczenia przyszłej budowy przedmiotu zamówienia a nie aktualnej działalności wykonawcy; powyższe stanowi również jaskrawe naruszenie obowiązku zadbania o zachowanie uczciwej konkurencji w Postępowaniu wobec wykonawców, którzy przedstawili polisy dotyczące prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Według KIO [wyrok z dnia 3 lipca 2014 r., KIO 1248/14]: „*nie podziela się zapatrywania, jakoby posłużenie się polisą z odroczonej terminem płatności spełniało wymóg "opłaconej polisy", o którym mowa w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów [...]. W ocenie KIO [wyrok z dnia 27 maja 2014 r.; KIO 968/14]: polisa powinna dotyczyć sytuacji wykonawcy aktualnej na dzień składania ofert. Co więcej, wg tego wyroku zamawiający nawet nie może żądać od wykonawców potwierdzenie ubezpieczenia w okresie przyszłym.*”

V. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podjął polemikę z postawionymi zarzutami i wniósł o oddalenie odwołania.

VI. Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: Budimex SA w Warszawie, Skanska SA w Warszawie IDS – BUD SA w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów, kierowanych wobec ofert czterech poprzedzających jego ofertę wykonawców, Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Odwołujący postawił szereg zarzutów skierowanych wobec dokumentów złożonych przez czterech wykonawców na potwierdzenie postawionego przez Zamawiającego w SIWZ wymagania w zakresie posiadania polisy OC. Zarzuty postawione wobec czterech dokumentów złożonych przez wykonawców, których oferty zostały zakwestionowane sięgały natury polisy OC jako dokumentu potwierdzającego zdolność ekonomiczną i finansową, jej znaczenia. Zadaniem składu orzekającego tym samym stało się rozstrzygnięcie o znaczeniu polisy jako dokumentu mającego potwierdzać zdolność finansową i ekonomiczną wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. W powyższej mierze uwzględniono następujące okoliczności:

[1] Cel polisy i znaczenie polisy [lub innego dokumentu] wyrażające się istnieniem ważnego, korespondującego z przedmiotem zamówienia, ubezpieczenia.

Dostrzeżono, że ustawodawca przewidział polisę ubezpieczenia OC [lub inny dokument

potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia] jako dokument mający na celu potwierdzenie potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych 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.

W świetle powołanego przepisu, tę zdolność wyraża uzyskanie przez wykonawcę ubezpieczenia OC, udokumentowanego właściwym dokumentem ubezpieczeniowym – dokumenty składane w ramach tego warunku mają potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Bez znaczenia, w świetle obowiązujących przepisów pozostaje przy tym, na jakiej podstawie, za pomocą jakich stosowanych przez siebie instrumentów, ubezpieczyciel dokonał oceny zdolności ubezpieczeniowej. Istota zdolności ekonomicznej i finansowej sprowadza się więc tym wypadku do udzielenia ochrony ubezpieczeniowej danemu podmiotowi [uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia]. W ramach tak rozumianej zdolności mieści się więc posiadanie przez wykonawcę dodatkowego aktywu, jakim jest posiadanie obietnicy spełnienia świadczenia z ubezpieczenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego dla wykonawcy,

pociągającego szkodę zdarzenia. Ten element gwarancyjny ubezpieczenia, dający wykonawcy zabezpieczenie wypłaty świadczenia w razie wystąpienia określonego zdarzenia, a tym samym – zapewnienie przysporzenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego zdarzenia stanowi istotę zdolności ekonomicznej i finansowej wynikającej z posiadania przez wykonawcę polisy OC. Ta gwarancja kompensaty doznanej szkody wynikająca z posiadania polisy OC stanowi z jednej strony zabezpieczenie, że wykonawca będzie dysponował możliwością zminimalizowania negatywnych skutków ewentualnego zdarzenia, dając większą pewność i bezpieczeństwo zawieranych z nim kontraktów [np. przez zamawiającego], z drugiej zaś – zakłada uprawdopodobnienie, że w razie szkody sytuacja zamawiającego w ramach zawartej umowy będzie o tyle bezpieczna, że wykonawca posiada zapewnienie naprawienia szkody w wymaganej w postępowaniu wysokości.

W świetle powyższego, istotą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest zatem z jednej strony zbadanie przez ubezpieczyciela – na podstawie stosowanych przez niego

12

metod badania - zdolności danego podmiotu do objęcia go ochroną ubezpieczeniową, z drugiej zaś – zapewnienie na zasadach wymaganych w postępowaniu gwarancji świadczenia przez ubezpieczyciela w razie zaistnienia szkody. Na uwagę zasługuje w tym miejscu zawarte w przepisie zastrzeżenie dotyczące ubezpieczenia, odnoszące obowiązek posiadania takiego ubezpieczenia nie w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie tej działalności gospodarczej wykonawcy, która jest związana z przedmiotem zamówienia. Z powyższego zdaje się wynikać intencja ustawodawcy powiązania tego ubezpieczenia z realną możliwością realizacji uprawnień również w ramach szkód zaistniałych na tle danego zamówienia [niezależnie od dodatkowej możliwości wymagania w samej umowie o zamówienie publiczne ubezpieczenia danego kontraktu].

[2] Złożenie w postępowaniu, w ramach ubezpieczenia zbiorowego certyfikatu lub zaświadczenia zamiast polisy.

Po pierwsze, w świetle przepisu *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zasadą jest składanie w postępowaniu polisy. Ustawodawca jednak nie wyłączył możliwości posłużenia się innym dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, co wynika dodatkowo z treści art. 26 ust. 2c ustawy. Nie sposób pomijać w tej mierze właściwych przepisów, dotyczących umowy ubezpieczenia. Zgodnie z treścią art. 809 § 1 KC, ubezpieczyciel obowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy ubezpieczenia dokumentem ubezpieczenia, przy czym do 10 sierpnia 2008 r. przepis ten stanowił, że umowa ubezpieczenia powinna być stwierdzona przez zakład ubezpieczeń polisą, legitymacją ubezpieczeniową, tymczasowym zaświadczeniem albo innym dokumentem ubezpieczenia. W świetle przepisów dotyczących umowy ubezpieczenia, dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy jest więc nie tylko polisa, ale także inny dokument. Analizując relację przepisu *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, którego przedmiotem jest polisa OC przyjąć należało, że treść przepisu powołanego *rozporządzenia* odnosząc się do materii regulowanej innym aktem prawnym (Kodeksem cywilnym) uwzględnia reguły związane z dokumentowaniem zawarcia umowy ubezpieczenia. W świetle powołanego przepisu, istotne jest, by wykonawca dysponował ważnym ubezpieczeniem jego działalności w wymaganych zakresie przedmiotowym i kwotowym.

Po drugie, w warunkach posiadania przez danego wykonawcę ubezpieczenia grupowego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, typowa jest sytuacja, że tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty

13

korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Sam fakt, że wykonawca posługuje się zamiast polisą certyfikatem, zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie w ramach grupy podmiotów, nie dyskwalifikuje

ubezpieczenia oraz składanego dla jego potwierdzenia dokumentu. Podzielono w powyższej mierze pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z 17 października 2014 r. w spr. VII Ga 179/14, w uzasadnieniu którego uznano, że jeśli w polisie jako ubezpieczony wskazany jest wykonawca i nie istnieją polisy zawierane dla każdej spółki wchodzącej w skład grupy, to taka sytuacja odpowiada hipotezie zawartej w § 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, to jest „braku polisy” i że taka sytuacja upoważnia wykonawcę do przedstawienia innego dokumentu potwierdzającego dostatecznie spełnienie wymagań w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Nie stanowi powodu dla nieuznania polisy jako dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej fakt, że wykonawca występuje w charakterze współubezpieczonego w danej polisie. Pewność, że kwota odpowiadająca sumie ubezpieczenia będzie odnosiła się tylko do zdarzeń, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia zamawiający w konkretnej sytuacji może uzyskać nie poprzez uprawnienia z polisy OC wymaganej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, ale w ramach żądania ubezpieczenia danego kontraktu, co zresztą Zamawiający przewidział w umowie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. W analizowanej sprawie Odwołujący natomiast nie wykazał, by wykonawcy, których polisy kwestionował nie posiadali ochrony w wymaganej wysokości z uwagi na wystąpienie zdarzeń u innych podmiotów współubezpieczonych, które by pociągały odpowiedzialność ubezpieczyciela.

[3] Ograniczenia sumy ubezpieczenia o franszyzy redukcyjne.

Nie stanowi – przy braku szczegółowych zastrzeżeń i wymagań zawartych w SIWZ – powodu dyskwalifikującego polisy i inne dokumenty potwierdzające ubezpieczenie fakt, że zastrzeżono w nich franszyzy redukcyjne na określonym poziomie. Franszyzy redukcyjne obniżają bowiem stałym, określonym współczynnikiem procentowym lub kwotowym należne sumy ubezpieczenia, stanowiąc element nieodłączny i powszechnie stosowany element umowy ubezpieczenia. Każdorazowo w ubezpieczeniu na określoną kwotę [sumę gwarancyjną] wpisane jest jej pomniejszenie z tego tytułu. Stąd, Zamawiający wymagając ubezpieczenia na określoną kwotę musi liczyć się, że w umowie ubezpieczenia znajdują się tego rodzaju zastrzeżenia. Jeśli więc Zamawiający w SIWZ nie precyzuje szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, wymagając efektywnego, pozbawionego

14

określonych ograniczeń ubezpieczenia, takich jak przedmiotowe franszyzy redukcyjne, czy wymaganie możliwości skorzystania z całej sumy ubezpieczenia na zasadzie wyłączności przez dany podmiot, nie sposób czynić zastrzeżeń jeśli w postępowaniu złożone zostają polisy czyniące zadość opisowi wymagań zawartemu w SIWZ, a w każdym razie z nim niesprzeczne.

[4] Polisa z odroczonym terminem płatności składki

Zgodzić się należy, że przedmiotem badania przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest fakt objęcia ochroną ubezpieczeniową, czyli posługując się pojęciami stosowanymi na gruncie ustawy Kodeks Cywilny moment powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. W tej mierze kluczowe znaczenie mają przepisy KC. Zawarte w przepisie § 1 ust. 1 pkt 11) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wymaganie, aby wykonawca legitymował się polisą korespondującą z treścią art. 814 §1 kc, zgodnie z którym w typowym nazwanym stosunku cywilnoprawnym umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Tym samym w typowym stosunku ubezpieczenia ochrona ubezpieczeniowa w przypadku odroczonej płatności składki lub pierwszej raty składki rozpocznie się w dniu następnym po zapłaceniu tej składki lub jej pierwszej raty. Ustawodawca w art. 814 § 1 kc przewidział także możliwość kształtowania wola stron postanowień umowy ubezpieczenia dotyczących momentu powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Naprzeciw takiej możliwości prawnej wychodzi właśnie brzmienie powołanego § 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, dopuszczając możliwość złożenia innego dokumentu w przypadku braku opłaconej polisy. Takim dokumentem może być polisa z klauzulą wcześniejszego powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela niż dzień następujący po dniu opłacenia składki, oświadczenie ubezpieczyciela o przyjęciu na siebie odpowiedzialności za zdarzenia zaistniałe w okresie przed opłaceniem składki i mimo jej nieopłacenia z uwagi na nienadejście terminu wymagalności składki lub jej raty, może być to także inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej np. certyfikat.

Wskazane przepisy kładą akcent na istnienie ważnej umowy ubezpieczenia – na objęcie zakresem ubezpieczenia określonego zakresu działalności lub podmiotu, którego wyrazem, w typowym stosunku, jest zapłata składki. Istotne jest bowiem przede wszystkim istnienie ważnego, skutecznego ubezpieczenia. W świetle powołanych przepisów, miarą zdolności finansowej i ekonomicznej nie jest bowiem wyłącznie opłacenie składki [ta zresztą

15

każdorazowo, w konkretnej sytuacji, u różnych ubezpieczycieli ma różną wysokość], ale posiadanie ważnego ubezpieczenia w wymaganym zakresie. Gdyby bowiem sama tylko składka i jej zapłata miała być miarą tej zdolności [trzeba dostrzec – miarą o niewielkim znaczeniu dla zbadania w sposób poważny tak istotnego waloru wykonawcy], to ustawodawca nie wymagałby ubezpieczenia działalności, następnie – ubezpieczenia tej działalności w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, a wreszcie – uzyskania tego ubezpieczenia zwykle na relatywnie wysoką kwotę.

Na uwagę w tej mierze zasługują rozważania zawarte w odniesieniu do poprzednio obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, które jednak nie tracą na aktualności, zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 sierpnia 2012 r. w spr. o sygn. akt XIX Ga 460/12: „*Punktem wyjścia rozważań, czy w zakresie wymogów uczestnictwa w postępowaniu Wykonawca spełniał kryteria co zawarcia umowy ubezpieczenia OC jest podkreślenie, że cytowane wcześniej zapisy SIWZ, szczególnie określone w Rozdziale V wprost nawiązują pojęciowo do § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia, a to oznacza, że dla rozstrzygnięcia skargi fundamentalne znaczenie nabiera wykładnia tego przepisu. Zgodnie z postanowieniem zawartym w tej normie prawnej, w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może domagać się od wykonawców przedłożenia 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. Rozwickując znaczenie pojęciowe tego przepisu w pierwszej kolejności należy sięgnąć do jego wykładni gramatycznej mającej pierwszeństwo przed innymi metodami wykładni. Reguły językowe bowiem są podstawowym instrumentem komunikowania się prawodawcy z adresatami jego norm. Ponadto adresaci norm prawnych winni działać w zaufaniu do tego co zostało napisane w tekstach aktów prawnych. Dopiero wtedy, gdy wynik wykładni językowej prowadzi do sprzeczności z inną normą prawną, czy też powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, względnie wniosek wynikający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia logiki, należy sięgnąć do wykładni systemowej, a gdy ta nie usuwa wątpliwości interpretacyjnych koniecznym staje się sięgnięcie do wykładni funkcjonalnej (por. uzas. uchw. 7 SN z 1.03.07 r., III CZP 94/06, OSNC2007, Nr 7-8, poz. 95). Odczytując literalnie treść wskazanego tutaj przepisu należy dojść do wniosku, że w przypadku, gdy ubezpieczyciel w związku z zawartą umową ubezpieczenia wystawił polisę, to wykazanie przez wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia polega na przedłożeniu dowodu opłacenia umowy ubezpieczenia:*

16

-
- w całości, bez względu na określone w umowie raty;
 - bez względu na okoliczność, czy ubezpieczyciel podnosi odpowiedzialność przed datą płatności składki ubezpieczeniowej;
 - bez względu na datę płatności składki ubezpieczeniowej, choćby ta płatność miała miejsce już po zakończeniu terminu składnia ofert.

Jeśli natomiast nie wystawiono polisy, a inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, to językowe znaczenie analizowanej normy prawnej pozwala na przyjęcie tezy,

że opłacenie składki dla spełniania wymogów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest irrelevantne. Trzeba tutaj powiedzieć, że art. 809 § 1 k.c. stanowi, że ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. Na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczyciel może wystawić polisę, legitymację ubezpieczeniową, certyfikat ubezpieczeniowy, tymczasową legitymację tymczasową, nie mniej jednak nazwa dokumentu ubezpieczenia nie jest istotna, ważne jest jedynie to, by był on wystawiony, doręczony ubezpieczającemu, oraz potwierdzał fakt zawarcia konkretnej umowy ubezpieczenia. Innymi słowy, każdy dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, bez względu na jego nazwę ma takie samo znaczenie: stanowi jedynie dowód zawarcia umowy, która obowiązuje nawet bez jego wystawienia, w związku z czym jego niewystawienie nie wpływa na ważność tego rodzaju stosunku obligacyjnego. Wskazując na powyższe rozumienie analizowanego przepisu dochodzimy do takiego oto wniosku, że w różny sposób traktuje się wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w zależności od tego, jaki wystawił ubezpieczyciel dokument na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia, co z punktu widzenia art. 809 § 1 k.c., a zatem skuteczności zawarcia umowy ubezpieczenia nie ma znaczenia prawnego. W przypadku wystawienia polisy warunkiem uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu będzie jej opłacenie, w przypadku wystawienia innego dokumentu takiego wymogu taki warunek nie obowiązuje, nawet wtedy, gdy przed opłatą składki ubezpieczyciel nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenie objęte ochroną ubezpieczeniową. Takie rozumienie § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia prowadzi do wniosków ad absurdum, a nadto jest rażąco niesprawiedliwe dla tych ubezpieczonych, którym na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia wystawiono polisę - co jest zasadą. Dalej idąc, takie odczytywanie znaczenia tego przepisu zachęcałoby wręcz do zawierania tego rodzaju umów ubezpieczenia, gdzie wystawiane są inne dokumenty niż polisa. Dawałoby to możliwość nieopłacenia umowy ubezpieczenia, a mimo to wykonawca spełniałby warunki uczestnictwa w postępowaniu.

Ze wskazanych tutaj przyczyn zasadnym staje się wniosek, że przy rozpoznawaniu znaczenia normy § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy odejść od jego literalnego rozumienia - na

rzecz innych metod wykładni języka aktów prawnych - do wykładni systemowej. Zdaniem Sądu Okręgowego nie dość jasne pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy sięgnąć do art. 814 § 1 k.c. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także i przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym - w określonych umowie ratach. W rezultacie spełnienie wymogu wynikającego z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia należy tłumaczyć w powiązaniu o treść art. 814 § 1 k.c. tj. czy zawarcie umowy ubezpieczenia powoduje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, czy też koniecznym do tego jest opłacenie składki. Jeśli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże, że opłacił składkę ubezpieczeniową, względnie, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed opłaceniem składki, to należy przyjąć, że oba przypadki mają zatem jednakowe znaczenie dla wykazania wymogów z § 10 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia. W obu bowiem przypadkach ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność wynikającą z umowy ubezpieczenia, a jedynie to ma znaczenie z punktu widzenia tego przepisu. Można w takiej sytuacji przyjąć, że o ile wykonawca wykaże stosownym dokumentem, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność bez względu na opłacenie składki, to nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.”

W cytowanym orzeczeniu zaakcentowano element umownego przesunięcia w czasie

płatności składki [jej raty], a także że najistotniejszą kwestią jest wykazanie przez wykonawcę że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność niezależnie od tego, czy opłacono składkę.

[5] Ubezpieczenia w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalnością gospodarczą związanej z przedmiotem zamówienia.

Jeśli chodzi o wymaganie polisy OC w zakresie prowadzonej przez wykonawcę „działalności związanej z przedmiotem zamówienia”, to dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być*

18

składane, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych 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.

Ustabilizowany w orzecznictwie jest pogląd o tym, że wymaganie polisy OC w postępowaniu nie jest równoznaczne z wymaganiem posiadania ubezpieczenia na etapie realizacji zamówienia, ubezpieczeniem danego kontraktu [przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 229/09]. W orzecznictwie akcentuje się, że nieuprawnione jest utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, bowiem: „dokument *ubezpieczenia służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie stanowi dowodu ubezpieczenia danego przedmiotu zamówienia. Tym samym nie jest uprawnione utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, albowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim w całej rozciągłości.*” [wyroki KIO z 8 lutego 2013 r. KIO 165/13, z 14 kwietnia 2014 w spr. KIO 564/14], „*słusznie Zamawiający wskazuje w odpowiedzi na odwołanie, że wymóg, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie OC w zakresie przedmiotu zamówienia jest zbyt daleko idący, dlatego w treści SIWZ sformułował wymóg „posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Niewątpliwie polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający w związku z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame.*” [wyrok KIO z 8 maja 2014 r. w spr. KIO 797/14], „*Polisa OC na potwierdzenie spełnienia warunku nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia – identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna przynajmniej w minimalnym zakresie być związana z tym przedmiotem zamówienia.*” [wyrok KIO 2 lipca 2013 r., w spr. KIO 1515/13], „*Trzeba bowiem zauważyć, że nie było celem ustawodawcy zabezpieczanie interesów Zamawiającego na etapie konstruowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zapewnienie mu możliwości wyboru wykonawcy, który będzie już wówczas posiadał ubezpieczenie kontraktu.*” [wyrok KIO z 26 maja 2014 r. w spr. KIO KIO 883/14 KIO 900/14, KIO 904/14, KIO 905/14].

Wszystkie te poglądy osadzone są w założeniu, że nadmierne i nieuzasadnione jest wymaganie od wykonawcy posiadania ubezpieczenia kontraktu objętego przedmiotem zamówienia, skoro wykonawca tego kontraktu jeszcze nie uzyskał. Poglądy te nie wskazują jednak na niedopuszczalność postąpienia się taką polisą, a jedynie na niedopuszczalność tak

19

zawężającego traktowania postanowienia przepisów *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, a także wymagań stawianych w konkretnym postępowaniu względem polisy OC. Warto zwrócić uwagę, że w przytoczonych przykładowo orzeczeniach wskazuje się, że taki wymóg jest „zbyt daleko idący”, że przedmiot działalności objęty ubezpieczeniem oraz przedmiot zamówienia nie muszą być tożsame, że polisa OC na potwierdzenie spełnienia warunku nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia. Wymowa tych orzeczeń jest jednoznaczna – polisa OC nie musi dokładnie opiewać na działalność objętą

przedmiotem zamówienia a wystarczy, że będzie z nim kierunkowo zbieżna. Nie oznacza to jednak, że polisa dokładnie odpowiadająca przedmiotowi zamówienia – wyraźnie ten przedmiot ubezpieczająca – jest polisą niewłaściwą. To, że polisa OC nie musi obejmować kontraktu objętego przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że nie może mieć ona takiego charakteru. Taka polisa w sposób oczywisty jest bowiem polisą związaną z przedmiotem zamówienia. Warto przy tym dostrzec, że przepis nie wymaga posiadania ubezpieczenia całej działalności wykonawcy, jej oznaczonego wycinka, ale odnosi powyższe do tej działalności, jaka jest związana z przedmiotem zamówienia, a w takim zakresie mieści się ubezpieczenie danego kontraktu.

Powyższe jest zrozumiałe choćby dlatego, że trudno byłoby zaakceptować wyłącznie wymaganie polisy obejmującej dokładnie dane przedsięwzięcie, które jest przedmiotem zamówienia, skoro wykonawca może posiadać ubezpieczenie swojej działalności, które w sposób uniwersalny swym zakresem obejmowałoby działalność objętą przedmiotem zamówienia. Nie sposób w takim wypadku wymagać od wykonawcy poniesienia dodatkowego ciężaru finansowego związanego z uzyskaniem nowego ubezpieczenia. Tym samym, w świetle przepisów *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*, każdorazowo polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający w związku z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame. Nie oznacza to jednak, że nieakceptowalnym jest złożenie polisy OC, która mieści się w zakresie działalności prowadzonej przez danego wykonawcę i w ramach tej działalności obejmuje określone jedno lub więcej przedsięwzięć, czy nawet wyłącznie przedmiot zamówienia. W takim bowiem wypadku nie można powiedzieć, że tego rodzaju polisa nie jest związana z przedmiotem zamówienia.

Co więcej, może się zdarzyć, że tego rodzaju sytuacja posłużenia się ubezpieczeniem danego kontraktu będzie jedyną możliwą dla danego wykonawcy. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 11a) i b), 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. L 134 z 30.4.2004, str. 114 – analogicznie – art. 1 ust. 2 pkt 9 pkt a) i b) Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1], „Procedury otwarte” oznaczają te procedury, w ramach których każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę, a „procedury ograniczone” oznaczają te procedury, w których o udział ubiegać się może każdy wykonawca oraz w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą. Biorąc bowiem pod uwagę otwarty i niedyskryminacyjny charakter zamówienia publicznego, dla którego nie można stawiać barier dostępu ze względu na formę działania wykonawcy, do którego dostęp powinien mieć każdy, kto spełnia postawione warunki, a także uwzględniając, że nie może stanowić ograniczenia w dostępie do zamówienia fakt, że podmiot prowadzi działalność gospodarczą w odmiennym niż objęty przedmiotem zamówienia zakresie a nawet – że wykonawcą może być osoba fizyczna w ogóle nie prowadząca działalności gospodarczej [art. 2 pkt 11) ustawy], może być tak, że wykonawca nie będzie mógł uzyskać ubezpieczenia prowadzonej aktualnie działalności związanej z przedmiotem zamówienia, bowiem będzie ona odmienna od tego przedmiotu, albo dlatego, że w ogóle takiej działalności nie prowadzi. Stąd ubezpieczenie danego kontraktu, jeśli zostało skutecznie dokonane należy uznać za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału finansowego.

Przenosząc powyższe, ogólne spostrzeżenia na grunt analizowanej sprawy, uznano, że:

[1] Jeśli chodzi o dokument złożony w ofercie Budimex SA w Warszawie, to uznano złożony certyfikat wyczerpuje obowiązek złożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Uwzględniono w tym zakresie okoliczność, że złożony przez tego wykonawcę dokument wskazuje wyraźnie,

że wykonawca Budimex SA w Warszawie jest zarówno ubezpieczonym jak i ubezpieczającym. Niezależnie zatem od przyjętej koncepcji znaczenia polisy OC jako dokumentu mającego potwierdzać zdolność ekonomiczną i finansową [w tym w szczególności, czy ma ona odnosić się do zbadania ogólnej kondycji ekonomicznej danego podmiotu, który będzie podlegać ubezpieczeniu w celu udzielenia mu ochrony ubezpieczeniowej] w tym wypadku podmiot ten jest właśnie podmiotem ubezpieczającym. Nie jest więc zasadne formułowanie ewentualnych zastrzeżeń co do tego, że podmiot ten pozostaje w grupie i być może ubezpieczyciel nie poddał odpowiedniej analizie jego zdolności ubezpieczeniowej.

21

Nie jest także argumentem pozwalającym na kwestionowanie złożonego dokumentu fakt, że w tym wypadku złożono certyfikat a nie polisę. Jak wskazano, przepisy Kodeksu cywilnego przewidują otwarty wachlarz dokumentów potwierdzających ubezpieczenie, nie ograniczając się do polisy. Przez pryzmat tej regulacji – właściwej dla klasyfikowania dokumentów potwierdzających ubezpieczenie należy więc czytać przepisy dotyczące ubezpieczenia i jego udokumentowania. W warunkach ubezpieczenia zbiorowego, wykazanie się certyfikatem w miejsce polisy nie może zaś być kwestionowane. Wykonawca Budimex SA w Warszawie złożył w ofercie ten dokument, który w jego wypadku potwierdza ubezpieczenie OC, to jest certyfikat Nr 1. Wykonawca ten rozwiął na rozprawie jakiegokolwiek wątpliwości co do tego dokumentu, to jest, że w jego wypadku nie została wydana polisa, składając pismo ubezpieczyciela, z którego wynika, że w tym wypadku nie wydano dokumentu ubezpieczenia o nazwie „polisa”. Wobec niepostawienia przez Zamawiającego w SIWZ szczegółowych wymagań co do możliwości skorzystania przez wykonawcę na zasadzie wyłączności z sumy ubezpieczenia, nie stanowi powodu dla kwestionowania tego certyfikatu fakt ewentualnego objęcia sumą ubezpieczenia dodatkowo innych podmiotów z grupy [współubezpieczonych]. Podobnie, nie jest takim powodem zamieszczenie w dokumencie ubezpieczenia fransyz redukcyjnych. Jeśli zamiarem Zamawiającego miałyby być ubezpieczenie na efektywną kwotę w określonej wysokości – winno to zostać uwidocznione w treści SIWZ. Wobec braku jakichkolwiek postanowień tego rodzaju w SIWZ, certyfikat ubezpieczenia przewidujący takie fransyzy, pozwalające na pomniejszenie świadczenia z ubezpieczenia nie może być kwestionowany.

[2] W odniesieniu do zarzutów kierowanych wobec oferty złożonej przez Skanska SA w Warszawie i Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, podobnie należy oceniać złożone odpowiednio świadectwo i zaświadczenie. Stanowią one pełnowartościowe dokumenty potwierdzające istnienie ubezpieczenia, którego ważności Odwołujący nie kwestionował. Nie jest również powodem dla nieuznania tych dokumentów fakt, że ubezpieczającym w tym wypadku są podmioty inne niż wskazani wykonawcy [inne spółki z ich grupy] a Skanska SA w Warszawie i Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie występują w roli współubezpieczonych. Fakt, że podmioty te pozostają w pozycji współubezpieczonych nie oznacza, że ubezpieczyciele, decydując się na objęcie ochroną ubezpieczeniową nie dokonali oceny ryzyka ubezpieczeniowego i nie uwzględnili w tym każdego z tych wykonawców. Istotne jest bowiem, że finalnie zarówno Skanska SA w Warszawie i Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie korzystają z ubezpieczenia na wymaganą. Sam fakt konkurowania o kwotę tego ubezpieczenia z innymi spółkami z grupy także nie stanowi o wykazaniu przez Odwołującego, że wykonawca nie posiada ochrony w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Tym bardziej więc nie ma

22

podstaw do kwestionowania zaświadczenia w ofercie Strabag sp. z o.o., w którym w ogóle nie wskazano takich fransyz.

[3] W zakresie polisy złożonej przez wykonawcę IDS – BUD SA w Warszawie, dostrzeżenia wymaga, że – jak wskazano wyżej – nie sposób powiedzieć, że wynikający z niej zakres ubezpieczenia obejmujący przedsięwzięcie objęte przedmiotem tego zamówienia [Budowę Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Drewnicy] nie odnosi się do działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Określenie w polisie zakresu ubezpieczenia poprzez odniesienie go do zadania objętego przedmiotem tego zamówienia, będąc bardziej szczegółowe, skonkretyzowane do tego przedsięwzięcia, które jest

przedmiotem zamówienia nie może być uznane za nieodpowiadające prowadzonej przez wykonawcę działalności [ta jest działalnością budowlaną] a tym bardziej za niezgodne z przedmiotem zamówienia.

Także ewentualnie niższa składka z tytułu takiego ubezpieczenia [a dokładniej – rozłożenie jej zapłaty w określonych proporcjach w czasie] nie stanowi powodu dla dyskredytowania tego rodzaju ubezpieczenia. To nie wysokość składki jest bowiem decydująca dla oceny spełnienia lub nie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, wyrażającej się posiadaniem polisy OC, ale objęcie zakresem ochrony ubezpieczeniowej na określoną kwotę. Co więcej, wysokość składki nie powinna być wyznacznikiem tej zdolności, skoro u różnych ubezpieczycieli, dla różnych podmiotów, stosownie do ich indywidualnej sytuacji będzie ona – niekiedy bardzo istotnie – zróżnicowana. Stąd i argumentacja dotycząca jakoby preferencyjnej i znacząco niższej składki przy tego rodzaju ubezpieczeniu nie mogła zasługiwać na aprobatę. Odwołujący natomiast nie wykazał i nie stawiał zarzutów kwestionujących zawarcie ważnej, wiążącej i dającej pełny zakres ochrony ubezpieczeniowej umowy ubezpieczenia. Jeśli zatem wykonawca posiada ważną umowę, obejmującą zakresem ochrony ubezpieczeniowej dany kontrakt, to czynienie zastrzeżeń wobec wysokości składki z tego tytułu jest niewłaściwe. Nie sposób także, w świetle powyższego czynić zastrzeżeń co do odroczenia terminu płatności drugiej raty składki, jeśli wynika ono z zawartej umowy ubezpieczenia, nie wpływa i nie ogranicza tego ubezpieczenia, a sama umowa ubezpieczenia została w sposób skuteczny zawarta a w konsekwencji – wykonawca posiada ubezpieczenie OC na wymaganą w postępowaniu kwotę.

Tym samym, nie potwierdziły się zarzuty stawiane wobec ofert tych wykonawców.

23

W świetle ustalonych okoliczności sprawy, Zamawiającemu nie sposób przypisać naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu w zakresie wyboru oferty wykonawcy Budimex SA w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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]. Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł oraz dojazdu, [stosownie do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. w spr. VIII Ga 243/13], to jest w wysokości odpowiadającej kosztom dojazdu na trasie Warszawa – Lublin, w kwocie 349,53 zł.

Skład orzekający:

24