Sygn. akt KIO 776/16

WYROK
z dnia 24 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 r. przez wykonawcę **Remondis Szczecin Sp. z o.o. ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna'' 35, 71-005 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobylanka ul. Szkolna 12, 73-108 Kobylanka** przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. sp. k., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Kobylanka unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego EKO F. sp. k. do przedstawienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kobylanka i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Szczecin Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od Gminy Kobylanka na rzecz Remondis Szczecin Sp. z o.o. kwotę 18 816 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset szesnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 776/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobylanka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych oraz ze wskazanych nieruchomości niezamieszkałych na obszarze Gminy Kobylanka” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 054-090692. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Remondis Szczecin Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego EKO F. Sp. komandytowa, tj. wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż uzna za spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, jeśli wykaże on, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 900.000 zł.
W rozdziale IX pkt 7 Zamawiający określił zaś, że na potwierdzenie spełniania ww. warunku do oferty należy dołączyć 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. Powyższy wymóg jest

zgodny 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.

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO F. Sp. komandytowa załączyło do oferty certyfikat ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawiony przez PZU S.A. Oddział Sprzedaży Korporacyjnej w Bydgoszczy 11 kwietnia 2016 r.

Nie ulega wątpliwości, iż załączony dokument nie jest polisą, co wynika również z treści przedstawionego certyfikatu, w której wskazano, iż Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, potwierdzonej polisą nr 6PO M858 0003. Skoro zaś zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zostało potwierdzone polisą, to właśnie ta polisa, wraz z dowodami opłacenia składki bądź składek, powinna zostać załączona do oferty. Jeżeli natomiast z jakichś względów wykonawca nie miał opłaconej polisy, powinien w pierwszej kolejności wykazać okoliczności związane z brakiem opłaconej polisy. Możliwość przedłożenia innego niż polisa dokumentu dopuszczalna jest bowiem wyłącznie w przypadku braku opłaconej polisy.
Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała w wyrokach, iż co do wskazanego w przepisie „innego dokumentu", a więc pewnego otwartego katalogu dokumentów, które potwierdzają ubezpieczenie wykonawcy, ustawodawca zastrzegł, że taki dokument może być przedłożony jedynie w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej (np. wyrok KIO 1623/11, KIO 575/13, KIO 1615/14). Wykonawca natomiast nie wykazał, iż zaistniały okoliczności uzasadniające przedłożenie innego dokumentu niż polisa.
Z tych też względów należy przyjąć, iż wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, a zatem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien zostać wykluczony z postępowania. W takim zaś przypadku zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą, a tym samym Zamawiający nie powinien dokonywać jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO F. Sp. k. przedłożyło certyfikat ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawiony przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. 11 kwietnia 2016 r., w którym Zakład potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, polisa nr

6PO M858 0003 na okres ubezpieczenia od 13 kwietnia 2016 r. do 12 kwietnia 2017 r. Zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w oparciu o analizę oświadczeń i dokumentów załączonych do oferty na zasadzie spełnia/nie spełnia i uznał, że Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO F. Sp. k. spełnia warunek. W ocenie Zamawiającego ww. dokument wystarczająco i wiarygodnie dokumentował zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, określał precyzyjnie zakres tego ubezpieczenia, okres trwania ubezpieczenia oraz kwotę ubezpieczenia.

Ze względu na treść zarzutu odwołania kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności odwołania ma ustalenie, czy w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wykonawcy przysługuje prawo wyboru dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, czy też w § 1 ust. 1 pkt 11 tego rozporządzenia ustanowiona została hierarchia dokumentów. Kwestia ta została wyjaśniona w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach, sygn. VII Ga 179/14, w którym Sąd jednoznacznie stwierdza: „Nie sposób się zgodzić z poglądem, że skoro polisa ubezpieczenia istnieje, to wykonawca w celu udowodnienia, że podlega ochronie ubezpieczeniowej, nie może posługiwać się innym dokumentem dlatego, że § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), ustanawia ich hierarchię. Analizowany przepis nie ustanawia hierarchii dokumentów, a tym samym nie różnicuje ich mocy dowodowej.” Ponadto należy zwrócić uwagę na ustawową regulację prawną umów ubezpieczenia. Ubezpieczyciel, zgodnie z art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego obowiązany jest na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia wydać dokument potwierdzający ten fakt (dokument ubezpieczenia). Ustawodawca, dokonując nowelizacji art. 809 Kodeksu cywilnego odstąpił od jednoznacznego wskazywania rodzaju dokumentu, jakim powinna być stwierdzona umowa ubezpieczenia. W poprzednio obowiązującej regulacji przepis ten wskazywał przykładowe nazwy dokumentów, jakich powinien użyć ubezpieczyciel celem potwierdzenia umowy ubezpieczenia, jak polisa, legitymacja ubezpieczeniowa, tymczasowe zaświadczenie. Podstawą takiego rozwiązania było dążenie ustawodawcy do rezygnacji z tradycyjnych nazw

dokumentów ubezpieczenia, wychodząc z założenia, że ustawa nie powinna wyróżniać niektórych spośród nich, pomijając pozostałe. Nazwa dokumentu ubezpieczenia nie jest istotna, ważne jest jedynie to, by był on wystawiony i doręczony ubezpieczającemu, i w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzał fakt zawarcia konkretnej umowy ubezpieczenia (tak Z. Gawlik w: Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część szczególna).
Przepis § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia dopuszcza złożenie przez wykonawcę w miejsce polisy także „innego dokumentu” potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia. Jest to zatem konstrukcja nawiązująca do Kodeksu cywilnego. Skoro polisa zawarcia nie jest traktowana jako żaden uprzywilejowany, szczególny dokument ubezpieczenia w świetle Kodeksu cywilnego, to nie ma żadnych podstaw prawnych, aby przyznawał jakieś pierwszeństwo akurat polisie Zamawiający ubezpieczeniowej, z jednoczesnym upośledzeniem innych dokumentów potwierdzających w sposób należyty zawarcie umowy ubezpieczenia w świetle wymogów Kodeksu cywilnego.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający ustalił warunek udziału odnoszący się do posiadania przez wykonawców ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 900.000 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku do oferty należało dołączyć 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 – zgodnie z brzmieniem przepisu § 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.

Przystępujący – Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO F. Sp. komandytowa załączył do oferty nie polisę, lecz certyfikat ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawiony przez PZU S.A. Oddział Sprzedaży Korporacyjnej w Bydgoszczy 11 kwietnia 2016 r. Z treści tego dokumentu (zdanie pierwsze) wynika jednoznacznie, że certyfikat ten został wystawiony dla potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, potwierdzonej polisą nr 6PO M858 0003.
Oznacza to, że Przystępujący w ramach przedmiotowego ubezpieczenia posiadał i posiada dokument zwany polisą. Jak wyjaśnił on podczas rozprawy, przedstawił Zamawiającemu wskazany certyfikat zamiast polisy ze względu na to, że nie mógł przedstawić „opłaconej polisy", ponieważ polisa ta nie została opłacona i w związku z tym podlegałby wykluczeniu. Takie działanie Przystępującego nie może zyskać akceptacji Izby.

Należy przypomnieć, że obecne brzmienie § 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, z którego wynika, że zamawiający może żądać, a wykonawca ma przedstawić „opłaconą polisę" jest skutkiem toczonego przed kilku laty sporu, czy zamawiający oprócz samego dokumentu polisy może żądać także dowodów opłacenia składek ubezpieczeniowych dla potwierdzenia, że zawarta umowa rzeczywiście istnieje, a sama polisa jest skuteczna. Wynikało to ze stwierdzenia, iż w praktyce niektórzy wykonawcy zawierali takie umowy dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, otrzymywali polisy, a następnie nie opłacali składek, w związku z czym okazywane polisy w rzeczywistości były jedynie „pustymi" dokumentami. Spór ten ustawodawca rozstrzygnął w ten sposób, że nadał zamawiającym prawo żądania dowodów opłacenia składek właśnie poprzez wskazanie, że polisa ma być „opłacona". Oznacza to, że oprócz samej polisy wykonawcy powinni przedstawiać również dowody opłacenia składek (przy umowie długo trwającej chociaż ostatniej jej raty).
Przy czym, zwłaszcza przy umowach ubezpieczenia zawartych tuż przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie, za szczególnie istotny uważa się dowód opłacenia pierwszej składki, który pozwala stwierdzić, że umowa potwierdzona polisą w ogóle stała się skuteczna.

Błędem jest także przyjmowane niekiedy założenie, że „opłacona" ma być jedynie polisa, a „inny dokument" „opłacony" być nie musi. Z faktu, że ustawodawca w treści przepisu nie powtórzył określenia „opłacony inny dokument", nie można wywodzić, że wykonawca jest zobowiązany do opłacenia składek ubezpieczeniowych jedynie w przypadku wystawienia polisy, a dokumentu o innej nazwie już nie. Należy przypomnieć bowiem, że opłacenie

składki przez ubezpieczającego jest jego świadczeniem w ramach umowy ubezpieczenia – zgodnie z art. 805 § 1 Kodeksu cywilnego definiującym pojęcie umowy ubezpieczenia „przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się (…) spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę."
Jak też stwierdzono powyżej, czy wykonawca przedstawi zamawiającemu polisę, czy dokument „równoważny", zamawiający ma być pewien, że umowa została zawarta w sposób skuteczny, a temu właśnie służy okazanie dowodu uiszczenia składki.

Poza tym samo określenie „opłacona polisa”, jak tej już wskazano powyżej, jest jedynie skrótem myślowym wskazującym na osobne dokumenty potwierdzające opłacenie składek (jeśli płatność składki została odroczona i w polisie nie zostało stwierdzone wprost, że ubezpieczający opłacił składkę w chwili zawarcia umowy).

Należy też zauważyć, że, przynajmniej w polskiej praktyce, nazwa „polisa” jest tradycyjną i powszechną nazwą dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia i inne nazwy pojawiają się sporadycznie. Dlatego raczej wyjątkiem jest, że wykonawca dokumentu o tej nazwie nie posiada. Wskazanie, że wykonawca może przedstawić „inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony” odnosi się najczęściej do dokumentów zagranicznych, które mogą nosić inną nazwę.
Tym samym użyte w przepisie sformułowanie, że wykonawca ma przedstawić polisę, a dopiero w przypadku jej braku inny dokument potwierdzając ubezpieczenie, nie jest przypadkowe.
Praktyczne znaczenie polisy jest jeszcze takie, że zawiera ona istotne z punktu widzenia zamawiających informacje, których często nie ma w innych dokumentach – w przypadku rozpatrywanej sprawy kwestię płatności składek ubezpieczeniowych.

Z przedstawionej podczas rozprawy polisy wynika, że została ona wystawiona 11 kwietnia 2016 r., okres ubezpieczenia rozpoczyna się 13 kwietnia 2016 r., a pierwszą ratę składki należy uiścić do 29 kwietnia 2016 r. Termin składania ofert upłynął 25 kwietnia 2016 r. Jak oświadczył sam Przystępujący podczas rozprawy, na dzień składania ofert nie miał on opłaconej pierwszej składki.

Przestawienie „opłaconej polisy” (lub innego, opłaconego, dokumentu) jest obowiązkiem wykonawcy – ale towarzyszy mu też obowiązek ze strony zamawiającego sprawdzenia, czy przedstawione dokumenty zostały złożone prawidłowo i w komplecie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dochował należytej staranności nie weryfikując faktu, czy „polisa”

---

została „opłacona” (już niezależnie od nazwy przedstawionego przez Przystępującego dokumentu), tj. czy opłacono składkę i zawarta umowa ubezpieczenia jest skuteczna.
W sumie należy więc przyznać rację Odwołującemu, że skoro zawarcie przez Przystępującego umowy ubezpieczenia zostało potwierdzone polisą, to *lege artis* właśnie ta polisa powinna zostać załączona do oferty wraz z dowodami opłacenia składki. W ramach swoich czynności Zamawiający powinien był więc wezwać Przystępującego co najmniej do przedstawienia dowodu uiszczenia składki. Już sama polisa zamiast certyfikatu – wobec jego dość obszernej treści – byłaby mniej istotna i Zamawiający mógłby od takiego wezwania ewentualnie odstąpić.
Nie można jednak tolerować sytuacji, w której wykonawca, czy to w celu, czy też bez takiego zamierzenia, ale z takim skutkiem, dokonuje obejścia przepisu dotyczącego przedstawienia dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej. W związku z powyższym Izba sformułowała taki nakaz dokonania przez Zamawiającego czynności jak w sentencji.

W kwestii formalnej – co prawda termin opłacenia pierwszej składki upływał dopiero 29 kwietnia 2016 r., czyli po terminie składania ofert, jednak nie oznacza to, że Przystępujący nie mógł czy nie powinien był opłacić tej składki wcześniej niż ostatniego dnia terminu. jego obowiązkiem jest bowiem wykazanie Zamawiającemu, że przedstawiona umowa jest skuteczna – w więc składka została uiszczona.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawione w ramach uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, zdaniem Izby jednak Zamawiający może zaakceptować dowód uiszczenia pierwszej składki pomiędzy 25 a 29 kwietnia 2016 r., ze względu na to, że sama umowa ubezpieczenia jest ważna od 13 kwietnia 2016 r.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: ……..……..……..……...…