

Sygn. akt: KIO/KU 108/10

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 stycznia 2011 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 grudnia 2010 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A.
ul. Rotterdamska 9
81-337 Gdynia

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 grudnia 2010 r.,
(w sprawie: UZP/DKUE/KU/238/10)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: wykonanie robót budowlanych w ramach projektu inwestycyjnego „Rozbudowa infrastruktury portowej do obsługi statków ro-ro z dostępem drogowym i kolejowym w Porcie Gdynia”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Izabela Niedziałek-Bujak
	Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

I. Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. (dalej: Zamawiający) działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej: Prawo zamówień publicznych), przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach projektu inwestycyjnego „Rozbudowa infrastruktury portowej do obsługi statków ro-ro z dostępem drogowym i kolejowym w Porcie Gdynia”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) przeprowadził kontrolę uprzednią tego postępowania (sygn.: UZP/KU/238/10), stwierdzając, że Zamawiający, przy udzielaniu zamówienia:

- 1) nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach oraz dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jakie powinny zostać złożone przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, naruszył art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,
- 2) żądając w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą polisy, a nie - jak powinien był wymagać - opłaconej polisy naruszył art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie).*

Pismem z dnia 17 grudnia 2010 r. (wpływ do Prezesa UZP faksem w tym samym dniu) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W zastrzeżeniach od wyników kontroli Prezesa UZP Zamawiający zauważył, że:

- 1) jest zamawiającym „sektorowym”, a nie „klasycznym”, a nawet gdyby był zamawiającym klasycznym, to i tak nie doszło do wskazywanych przez Prezesa UZP naruszeń, ponieważ prowadzone przez niego postępowanie odbyło się w trybie przetargu nieograniczonego, a w tymże trybie zamieszcza się w ogłoszeniu zakres informacji enumeratywnie wymieniony w art. 41 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdzie brak „wykazu oświadczeń lub dokumentów”,
- 2) nie można przeciwstawiać „polisy” (dokumentu żadanego przez Zamawiającego) „opłaconej polisie” (dokumentowi opisanemu w rozporządzeniu), ponieważ każda polisa jest wydawana jako dowód zawarcia umowy ubezpieczenia stosownie do treści art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego i jako taka zawsze jest opłacona.

Zastrzeżenia Zamawiającego, wobec ich nie uwzględnienia przez Prezesa UZP,

zostały przekazane, na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

II. Krajowa Izba Odwoławcza w całości podzieliła ustalenia Prezesa UZP co do stanu faktycznego opisanego w wyniku kontroli (z tymi ustaleniami Zamawiający nie polemizował w zastrzeżeniach), jednak co do oceny prawnej tychże ustaleń zgodziła się w całości ze stanowiskiem Zamawiającego i dlatego uwzględniła jego zastrzeżenia.

1. Stwierdzenie naruszenia art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający informacje co do zakresu i rodzaju dokumentów żądanych od podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca, wskazał w SIWZ, natomiast informacje te nie zostały wskazane w żadnym miejscu ogłoszenia o zamówieniu. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego.

Co do naruszenia w związku z powyższym ustaleniem art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie braku żądania w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów wymaganych od podmiotów, na doświadczeniu których będzie polegał wykonawca, skład orzekający w całości podziela stanowisko wyrażone już uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą: „Izba uznała, że z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brzmieniem art. 41 ustawy Pzp, nie można wywodzić dla zamawiającego obowiązku żądania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na etapie ogłoszenia o zamówieniu, informacji dokumentach wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dyspozycja art. 25 ust. 1 ustawy Pzp niewątpliwie odnosi się do możliwości żądania przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeń i dokumentów m.in. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca wskazał tam, że owe oświadczenia i dokumenty zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Przepis ten umieszczony w dziale II ustawy Pzp rozdział pierwszy zawiera regulację o charakterze generalnym, odnoszącym się do wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od stosowanego przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia. Natomiast szczególne regulacje, odnoszące się specyfiki prowadzenia postępowania i udzielania zamówienia publicznego w poszczególnych trybach, zostały określone w rozdziale trzecim działu II ustawy Pzp. I tak w art. 41 ustawy Pzp, znajdującym się w rozdziale trzecim działu II ustawy Pzp wskazano na minimalne wymogi ustawowe treści ogłoszenia o zamówieniu, odnoszącego się do trybu

przetargu nieograniczonego. W pkt 7 tego artykułu wskazano na: „warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”. Żaden z punktów określających minimalne wymogi ogłoszenia o zamówieniu nie wskazuje na obowiązek wskazywania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taki wymóg natomiast, obok wymogu dotyczącego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji na temat warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków, znajduje się w wymogach minimalnych dotyczących ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 7 i 6 ustawy Pzp). Powyższe może jedynie potwierdzać, że w przypadku przetargu nieograniczonego ustawodawca celowo pominął konieczność określania w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji dotyczących żądanych oświadczeń i dokumentów. Uzasadnione jest to także charakterem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, tzw. trybu jednoetapowego, gdzie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dokonywana łącznie z oceną merytoryczną treści oferty właśnie na podstawie ofert składanych przez wykonawców. W trybie przetargu ograniczonego – trybu dwuetapowego – ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się wyłącznie w oparciu o dyspozycje zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu co do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału, jak i żądanych na ich potwierdzenie oświadczeń i dokumentów.” (zob. uchwała KIO 103/10 z dnia 23 grudnia 2010 r. wraz z szerokim dalszym uzasadnieniem).

Izba także zauważyła, że wyliczenie dokumentów w ogłoszeniu, w przetargu nieograniczonym jest celowe z punktu widzenia transparentności postępowania, jednak na gruncie obowiązujących przepisów można jedynie zachęcać zamawiających do takiego zachowania, lecz nie ma podstaw do wyciągania konsekwencji negatywnych. Skład orzekający w niniejszej sprawie również ten pogląd podziela, tak jak i stanowisko odnośnie stosowania prawa europejskiego - przepisy dyrektyw europejskich stanowią przede wszystkim regulacje prawne skierowane do państw członkowskich, zresztą wprost nie wynika z nich obowiązek zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o żądanych oświadczeniach i dokumentach niezależnie od rodzaju trybu postępowania, a polski ustawodawca również takiego obowiązku nie wprowadził. Obowiązku takiego nie można też wywieść ze wzorów ogłoszeń.

Izba wydając uchwałę w sprawie KIO 103/10 zauważyła również, że w analogicznych okolicznościach Izba już zajęła stanowisko odnośnie braku naruszenia art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - w uchwale podjętej w sprawie kontroli uprzedniej Prezesa UZP w sprawie o sygn. akt: KIO/KU/80/10 oraz w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO/2352/10.

Ze względu na powyższe wywody, które Izba w niniejszym składzie całkowicie podziela, nie ma podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie zasługują na uwzględnienie.

2. Stwierdzenie naruszenia art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia.

Rzeczywiście, § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia mówi o „opłaconej polisie”, a Zamawiający żądał „polisy”. W ocenie składu orzekającego jednak rację ma Zamawiający, że nie można przeciwstawić „polisy” (dokumentu żądanego przez Zamawiającego) „opłaconej polisie” (dokumentowi opisanemu w rozporządzeniu). Polisa, zgodnie z art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego jest wydawana jako dowód zawarcia umowy ubezpieczenia. Wydaje się, że ustawodawca w rozporządzeniu przez „opłaconą polisę” rozumiał „polisę od której zapłacono składkę”. Stosownie do art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeżeli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia - w ciągu czternastu dni od jego doręczenia, a według art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli zakład ubezpieczeń ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki, a składka nie została zapłacona w terminie, zakład ubezpieczeń może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, zawiadamiając o tym jednocześnie ubezpieczającego, i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. W braku odstąpienia od umowy, rozwiązuje się ona z końcem okresu, na który przypada niezapłacona składka.

W świetle przywołanych przepisów, może zatem zaistnieć sytuacja, że polisa „nie jest opłacona”, a umowa ubezpieczenia przestaje wiązać (warto zwrócić uwagę, że są to przepisy o charakterze dyspozytywnym i strony mogą się umówić inaczej) – a więc legitymowanie się taką polisą przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia dawałoby Zamawiającemu mylną informację o statusie ekonomicznym wykonawcy. Jednak biorąc pod uwagę przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia nakazujący wprost żądanie „opłaconej polisy” i żądanie Zamawiającego w SIWZ, oczekującego „polisy” nie można uznać, że „polisa” jest przeciwieństwem „opłaconej polisy”, a więc taką polisą, od której nieuiszczono składki. Zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców biorących udział w postępowaniu było oczywiste (zgodnie z oceną Zamawiającego zawartą w zastrzeżeniach, wszyscy wykonawcy załączyli opłacone polisy), że polisy załączone do ofert muszą poświadczać istnienie ważnej umowy ubezpieczeniowej. W ocenie składu orzekającego, złożenie polisy, która została wydana na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia, która to umowa przestała wiązać w związku z nieuiszczeniem składki, byłoby niedopuszczalne –

polisa ma potwierdzać, że „wykonawca jest ubezpieczony” (§ 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia). Zauważyć również trzeba, że fakt zawarcia ważnej umowy ubezpieczeniowej może potwierdzać również polisa jeszcze „nieopłacona” (zgodnie z art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, można zapłacić składkę ubezpieczeniową w ciągu 14 dni od doręczenia polisy, zgodnie z art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, ubezpieczyciel może ponosić odpowiedzialność jeszcze przed uiszczeniem składki - a więc można dysponować polisą ważną, lecz jeszcze nieopłaconą) – w świetle obowiązujących przepisów, nie ma przeszkód, aby taką polisę uznać za „inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony”, o którym mowa w rozporządzeniu.

Prezes UZP w piśmie z dn. 30 grudnia 2010 r., polemizując ze stanowiskiem Zamawiającego, podkreśla, że istotne jest posiadanie ubezpieczenia przez wykonawcę – z tym się należy zgodzić, jednak – jak uzasadniono powyżej - wbrew twierdzeniom Prezesa UZP, to „nie tylko opłacona składką ubezpieczeniową polisa przesądza, że wykonawca ma zapewnioną ochronę ubezpieczeniową w czasie wymaganym przez Zamawiającego”. Wydaje się, że dbałość Prezesa UZP o opłacenie polisy wynika z obawy, że wykonawcy mogą hipotetycznie zawierać umowy ubezpieczeniowe dla pozorów, nie ponosząc żadnych opłat, tylko w celu wylegitymowania się posiadaniem danej polisy w postępowaniu. Rzeczywiście, niebezpieczeństwo takie potencjalnie istnieje, jednak nie tyle wynika ono z faktu uiszczenia bądź nie składki (wykonawca z ostrożności składkę opłaci, by uniknąć zarzutu podania nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik postępowania), co z okoliczności, że umowy ubezpieczeniowe mogą być zawierane na bardzo krótki czas – przykładowo: tydzień od dnia składania ofert (oczywiste jest, że im krótszy okres ubezpieczenia, tym składka niższa). *De lege lata* Zamawiający nie ma jednak podstawy do domagania się objęcia wykonawcy ochroną ubezpieczeniową w określonym czasie.

Reasumując, nie stwierdzono naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....