

Urząd Miejski  
w DĄBROWIE GÓRNICZEJPROGRAM  
REGIONALNY  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCIUNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO

Projekt współfinansowany przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 – 2013

Dąbrowa Górnicza, dn. 22.08.2011 r.

Dot. sprawy zarej. BFU.042.4.3.2011

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych  
Szanowny Pan Jacek Sadowy  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa*Szanowny Panie Prezesie*

**Dotyczy:** prośba o wydanie opinii w zakresie dopuszczalności naliczenia kary finansowej na Zamawiającego – Gminę Dąbrowa Górnicza w wyniku wniosków pokontrolnych w zakresie kontroli projektu pn. „Rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz i Sławków” odnoszących się do skonstruowania warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się przez wykonawców posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej bez określenia konkretnej kwoty, tj. wysokości sumy ubezpieczenia.

Zwracam się z uprzejmą prośbą o wydanie opinii prawnej w przedmiocie dopuszczalności naliczenia kary finansowej na Zamawiającego – Gminę Dąbrowa Górnicza w wyniku wniosków pokontrolnych w zakresie kontroli projektu pn. „Rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz i Sławków” odnoszących się do skonstruowania warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się przez wykonawców posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej bez określenia konkretnej kwoty, tj. wysokości sumy ubezpieczenia. Kontrolą zostały objęte dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone o wartości powyżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 Pzp tj. „Zakup stojaków do selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich dostawą do zamawiającego(...)” i „Zakup pojemników do selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich dostawą do Zamawiającego w ramach zadania inwestycyjnego: „Rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz i Sławków”. Na potwierdzenie spełniania w/w warunku

41-300 Dąbrowa Górnicza  
ul. Graniczna 21Centrala tel. (+48 32) 295 67 00  
fax (+48 32) 262 50 32e-mail: [um@dabrowa-gornicza.pl](mailto:um@dabrowa-gornicza.pl)  
[www.dabrowa-gornicza.pl](http://www.dabrowa-gornicza.pl)


79

Zamawiający zażądał zgodnie z ówczesnie obowiązującym Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Zdaniem Zespołu Kontrolującego wyrażonym w Informacji pokontrolnej z dnia 21 lipca 2011 r. (znak: RR RKPR.44.231.1.2011.SF) cyt. „wykonawcy nie mieli pewności, co do wysokości żadanego przez nich ubezpieczenia, a niezaprzeczalnym faktem jest, że koszt polisy ubezpieczeniowej to jeden ze składników cenotwórczych, który wykonawcy brali pod uwagę ustalając cenę oferty. Warunek postawiony w ten sposób nie zapewniał spełnienia zasady uczciwej konkurencji ponieważ polisa na symboliczną wysokość stawiała wykonawcę w lepszej sytuacji od Wykonawcy ubezpieczonego na kwotę znacznie wyższą (np. przewyższająca wartość zamówienia). W konsekwencji, w sytuacji gdy SIWZ nie konkretyzuje wysokości sumy ubezpieczenia, mamy do czynienia z naruszeniem zasady równości określonej w art. 7 ustawy pzp – z wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia, sygn. akt VI Ga 87/07. Zespół Kontrolujący stwierdza naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców – korekta finansowa (ze względu na brak możliwości oszacowania szkody finansowej) wynosi 5 % kosztów kwalifikowanych zamówienia, zgodnie z tabelą 1 pkt. 15 Taryfikatora Wymierzanie korekt finansowych na naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” – w załączniku nr 1 Informacja pokontrolna z dnia 21 lipca 2011 r. (znak: RR RKPR.44.231.1.2011.SF)

W stosunku do powyższej argumentacji Kontrolującego Zamawiający wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 1 sierpnia 2011 r. (znak: BFU.042.4.3.2011) – w załączeniu pismo Zamawiającego. Jednak Instytucja Kontrolująca podtrzymała swoje stanowisko powołując się na opinie swoich radców prawnych i komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych /M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX 2010, wyd.IV. – w załączeniu zmieniona i uzupełniona Informacja pokontrolna z dnia 9 sierpnia 2011 r.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający występuje niniejszym pismem o wydanie obiektywnej opinii w zakresie stawianego zarzutu i naliczenia kary umownej. Według opinii Zamawiającego, nie można w żadnej mierze podzielić zdania Zespołu Kontrolującego co do zarzutu dotyczącego nie określenia kwoty na jaką dany Wykonawca ma być ubezpieczony w zakresie żądanej przez Zamawiającego polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności i obciążenia Zamawiającego kara finansową z tego tytułu. Przemawia za tym wiele istotnych argumentów, a mianowicie:





1. Na dzień wszczęcia postępowania zakres żadanego dokumentu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej

i finansowej Wykonawcy określał § 1 pkt. 3 ppkt.3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane /Dz.U. z 2006r. , Nr 87, poz. 605/ tj. Zamawiający może żądać cyt. „polis, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności”. Tym samym zapisy kontrolowanych specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszą się bezpośrednio do literalnego brzmienia przywołanego aktu wykonawczego do ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W tej materii można przywołać orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 22 stycznia 2010 r. KIO/UZP 1723/09), która stwierdziła, iż „wymienione w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również ich wymagana treść, stanowi katalog zamknięty. Zamawiający nie może wymagać innych dokumentów, ani też nie może wymagać, aby treść tych dokumentów odbiegała od wskazań tych przepisów”.

2. W tym miejscu właściwe wydaje się zestawzić powyższe z treścią art. 25 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” (...). Zdaniem komentatorów ustawy „obowiązek żądania dokumentów należy czytać, mając na uwadze dyspozycje art. 25 ust.1 ustawy Pzp (...) nie znaczy to więc, że w każdym postępowaniu którego wartość jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp Zamawiający ma obowiązek żądać zawsze wszystkich wymienionych w par. 1 ust.1 Rozporządzenia dokumentów. Opisując sposób dokonania oceny spełniania warunków i odpowiednie dokumenty na potwierdzenie ich spełniania, należy patrzeć na specyfikę i rodzaj danego zamówienia”<sup>1</sup>. W przypadku dostawy o jednorodnym przedmiocie dla Zamawiającego, z jaką mamy do czynienia w kontrolowanych dwóch postępowaniach (zakup stojaków i pojemników), wystarczający był sam fakt posiadania ubezpieczenia przez Wykonawcę bez określenia kwoty ubezpieczenia, bowiem pozostawało to obojętne z punktu widzenia badania

<sup>1</sup> P. Wiśniewski, Rodzaje dokumentów. Monitor Zamówień Publicznych luty 2010, s. 20-21 por. przykład „Zamawiający zamierza prowadzić postępowania na dostawy mebli, komputerów, regałów przesuwanych do archiwum, kserokopiarkę i innego wyposażenia nowego budynku. Czy w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym powyżej progu unijnego (na dostawy lub usługi) zamawiający musi żądać wszystkich wymienionych w § 1 rozporządzenia wykonawczego do Pzp dokumentów, a tym samym czy zamawiający ma obowiązek doprecyzowania każdego warunku z art. 22 ustawy Pzp w takim "dużym" postępowaniu? Nie masz obowiązku posługiwać się wszystkimi warunkami określonymi w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i ich precyzować. Możesz żądać tylko tych dokumentów wymienionych w rozporządzeniu, które są niezbędne do oceny spełniania postawionych przez Ciebie warunków. Określasz tylko niezbędne, według Ciebie, warunki udziału”. Zob. Portal Zamówień Publicznych [www.PortalZP.pl](http://www.PortalZP.pl) opracowanie Karol Jaworski

kondycji ekonomiczno- finansowej wykonawcy co wymusiła specyfika i charakter (rodzaj) przedmiotu zamówienia. To właśnie postawienie żądania co do wartości polisy miałoby wpływ cenotwórczy na złożone oferty rodząc nieuzasadnione koszty Wykonawcy w obliczu braku realnego zagrożenia wystąpienia szkody. Konstatując należy podkreślić, iż brak wskazania w warunku udziału w postępowaniu konkretnej wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia podyktowane było niemożnością określenia wysokości tej sumy rozumianej właśnie jako wysokość ewentualnej szkody, jaką może wyrządzić wykonawca osobie trzeciej bądź mieniu podczas wykonywania zamówienia. Tym samym nie można zgodzić się ze zdaniem Zespołu Kontrolującego, jakoby koszt polisy ubezpieczeniowej był jednym ze składników cenotwórczych, który Wykonawcy brali pod uwagę ustalając cenę oferty. W sytuacji kontrolowanych postępowań egzekucja z polisy Wykonawcy faktycznie nie miałaby miejsca, bowiem przy realizacji przedmiotowych dostaw ryzyko związane z powstaniem szkód istotnie nie występuje. W dalszej kolejności należy również podkreślić, iż Zamawiający

w sposób należyty zadbał o weryfikację Wykonawcy w zakresie doświadczenia i wiedzy (dotyczy zadania „Zakup pojemników do selektywnej zbiórki odpadów(...)” poprzez postawienie warunku w pkt. 9.2 a) SIWZ wykonania w okresie ostatnich 3-ch lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) maksymalnie 3 dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, których należyte wykonanie zostało potwierdzone przez poprzednich Zamawiających/ Zleceniodawców (np. referencjami). Przez dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia należy rozumieć maksymalnie 3 dostawy pojemników do selektywnej zbiórki odpadów na łączną ilość minimum 600 pojemników o łącznej wartości min. 600 000, 00 zł brutto oraz w pkt. 9.4 siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego zażądał zaświadczenia potwierdzającego deklarację zgodności CE albo deklarację spełnienia wymagań PN dostarczonych pojemników. Z kolei dla zadania „Zakup stojaków do selektywnej zbiórki odpadów(...)” celem oceny doświadczenia i wiedzy Zamawiający postawił warunek w pkt. 9.2 a) SIWZ wykonania przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3-ch lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) maksymalnie 5 dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, których należyte wykonanie zostało potwierdzone przez poprzednich Zamawiających/ Zleceniodawców (np. referencjami). Przez dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia należy rozumieć dostawy polegające na dostawie stojaków na worki do selektywnej zbiórki odpadów. Warunek zostanie spełniony, jeżeli Dostawca wykaże się realizacją maximum 5 dostaw na łączną ilość minimum 1500 stojaków do selektywnej zbiórki odpadów o wartości minimum 300 000 zł brutto łącznie. Dodatkowo w zakresie finansowym przed terminem składania ofert Zamawiający zażądał wniesienia wadium w obydwu kontrolowanych postępowaniach. W świetle powyżej stawianych warunków, w szczególności mając na uwadze charakter i rodzaj przedmiotu zamówienia – jego





ogólną (łatwą) dostępność (powszechność) zarówno na rynku krajowym czy europejskim, jak również charakter masowy, popularny o ustalonych standardach jakościowych spełniający przeciętne wymagania stawiane dla tego rodzaju asortymentu (grupy towarowej) wydaje się właściwe stwierdzenie, że Zamawiający w sposób właściwy (z należytą starannością) zadbał o zabezpieczenie wydatkowania środków publicznych pochodzących zarówno z jego budżetu, jak i budżetu unijnego patrząc przez pryzmat zdolności Wykonawcy do realizacji przedmiotowych zamówień. Świadczy o tym również samo rozliczenie zadania (bez wymierzenia jakichkolwiek kar dla wykonawcy) w terminie określonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego i zgodnie z jej postanowieniami i tym samym z oczekiwaniami Zamawiającego założonymi na etapie przygotowania postępowania.

3. Nie sposób podzielić zdania Zespołu Kontrolującego jakoby „warunek postawiony w ten sposób nie zapewniał spełnienia zasady uczciwej konkurencji, ponieważ polisa na symboliczną wysokość stawiała wykonawcę w lepszej sytuacji od wykonawcy ubezpieczonego na kwotę znacznie wyższą (np. przewyższającą wartość zamówienia)”.

Po pierwsze, postępowania objęte przedmiotem kontroli były prowadzone w najbardziej konkurencyjnym trybie udzielenia zamówienia tj. przetargu nieograniczonego. Transparentność prowadzonego postępowania w tym trybie powoduje, iż Wykonawcy poprzez chociażby publiczne ogłoszenie postępowania (w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na stronie internetowej Zamawiającego oraz w jego siedzibie) mają możliwość weryfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zapytania do treści siwz czy wnoszone środki ochrony prawnej. W kontrolowanych postępowaniach, Wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń do sposobu sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Gdyby ich interes w wyniku nieprawego działania Zamawiającego mógł doznać uszczerbku spotkałoby się to z aktywnym działaniem Wykonawcy. Rynek Wykonawców jest bowiem najlepszym weryfikatorem poprawności działań Zamawiającego i stanowi immanentny element każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ważny również staje się fakt, iż w omawianych postępowaniach nie doszło do wykluczenia żadnego z Wykonawców na skutek przedłożonych przez nich polis. W tym miejscu warto wskazać Wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z cenami ofertowymi i wysokością sumy gwarancyjnej w zakresie posiadanego ubezpieczenia:

1. „Zakup stojaków do selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich dostawą do zamawiającego w ramach zadania inwestycyjnego: „rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz i Sławków” (szacunkowa wartość zamówienia 2 625 000 PLN) - ofertę złożyło Konsorcjum Firm: Spółdzielnia Inwalidów Zakłady Metalowe ZA-MET, 40-773 Katowice, ul. Panewnicka 375, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo SKATOM Sp. z o.o., 73-130 Dobrzany, ul. Staszica 47 - Cena brutto: 2 805 390 PLN, które przedstawiło polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę 100.000,00 zł każdy



2. „Zakup pojemników do selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich dostawą do Zamawiającego w ramach zadania inwestycyjnego: „Rozwój selektywnej zbiórki odpadów na terenie gmin Dąbrowa Górnicza, Siewierz i Sławków” (szacunkowa wartość zamówienia 1 100 000 PLN) oferty złożyły firmy:

- a) JFC POLSKA Sp. z o.o., Karpin 1 A, 05-252 Dąbrówka - Cena brutto: 616 530,66 zł, która przedstawiła polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę 500.000,00 zł i
- b) „EKOTECH” J. Rząska, T. Stanowski Sp. jawna, ul. Grunwaldzka 4/2, 37-500 Jarosław - Cena brutto: 788 107,80 zł, która przedstawiła polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę 800.000,00 zł.

Po drugie, Wykonawca, który posiadał polisę przed ogłoszeniem postępowania niezależnie od jej wartości, po zapoznaniu się ze specyfikacją, nie musiał podejmować żadnego działania celem np. wykupienia dodatkowej czy podniesienia składki dotychczasowej polisy ze względu na brak określonej jej wartości w specyfikacji. Tak więc każdy wykonawca dysponujący polisą mógł skutecznie złożyć ofertę, nie ma więc mowy o arbitralności ze strony Zamawiającego, a w przypadku braku posiadania takiej polisy mógł ją wykupić w Towarzystwie Ubezpieczeniowym na symboliczną wartość. Ta logika argumentacji jednoznacznie przesądza, że w żaden sposób nie doszło w analizowanym przypadku do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Polisa ta nie była przedmiotem oceny co do wartości, a spełnienie warunku w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej następowało wyłącznie w układzie zero-jedynkowym tj. spełnia/nie spełnia w oparciu o dokument wymieniony w rzeczonym Rozporządzeniu. Można pokusić się również o wskazanie sytuacji, w której Zamawiający żądał polisy o określonej wartości przypuśćmy co najmniej 1 000 000 PLN, wtedy warunek w tym samym stopniu spełniony jest przez Wykonawcę, który posiada polisę o wartości 1 000 000 PLN, jak i przez Wykonawcę mającego polisę na wartość na wartość 3 000 000 PLN czy nawet 10 000 000 PLN. Zarzut braku kryterium wartościowania mógłby mieć znaczenie w trybach konkurencyjnych, w których w pierwszej kolejności następuje eliminacja podmiotowa wykonawców i głównym celem jest ich selekcja w wyniku której do składania ofert zaprasza się wyłącznie tych Wykonawców, którzy uzyskali najwyższe oceny (np. przetargu ograniczonego czy dialogu konkurencyjnego). W wymienionych trybach istotny jest opis warunków udziału w postępowaniu oraz wskazanie sposobu oceny spełniania tychże warunków i jej wpływu na miejsce w rankingu wykonawców. Gdyby za spełnianie warunków przyznawana była punktacja służąca następnie stworzeniu tzw. listy rankingowej, a w konsekwencji udziałem w dalszym etapie postępowania, stopień spełnienia warunku miałby znaczenie i wyłącznie w tym szczególnym przypadku zarzut dyskryminacji mógłby zostać skutecznie postawiony. W trybie przetargu nieograniczonego bada się zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia bez dodatkowego premiowania za sposób spełnienia poszczególnych warunków. Stąd zarzut



Kontrolujących, iż „polisa na symboliczną wysokość stawiała wykonawcę w lepszej sytuacji od wykonawcy ubezpieczonego na kwotę znacznie wyższą (np. przewyższającą wartość zamówienia)” jest zupełnie nietrafny.

Po trzecie, przywołany przez Kontrolujących wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2007 roku zapadł w konkretnym stanie faktycznym i nie może być przedmiotem bezpośredniego odniesienia do kontrolowanych postępowań bez zachowania szczegółowej i pogłębionej analizy całego postępowania, jedynie wybiórczo wybierając elementy podobne bez zbadania szerszego kontekstu i wszystkich okoliczności w danej sprawie. Należy bowiem zaznaczyć, iż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdowały się w innej fazie. Przywołane orzeczenie dotyczyło złożonej roboty budowlanej (budowy boiska do piłki nożnej) o dużej wartości w stanie faktycznym odnoszącym się do protestu, odwołania i skargi na treść SIWZ i zarzutu ewentualnej arbitralności podczas badania spełniania warunków. Jego odnoszenie bezpośrednio na grunt przeprowadzonych przez Zamawiającego postępowań dotyczących dostaw jednorodnych przedmiotów do miejsca wskazanego przez Zamawiającego tj. zakupów pojemników i stojaków do selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich dostawą staje się nieadekwatne i chybione. Te postępowania zostały skutecznie przez Zamawiającego przeprowadzone, nie zostały wniesione zapytania w zakresie siwz dotyczące spornej kwestii, nie zostały wniesione środki odwoławcze i wreszcie żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie został wykluczony z tego powodu z dalszego udziału w postępowaniu co świadczy, iż żadnego elementu arbitralności nie można doszukać się w działaniach Zamawiającego.

4. Żądanie dokumentu wymaganego Rozporządzeniem „polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że Wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności” bez określenia sumy gwarancyjnej polisy (lub innego dokumentu) jest powszechną praktyką innych Zamawiających, którzy podobnie formułują zapisy siwz. Warto w tym miejscu odnieść się również do linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która dopuszcza konstruowanie warunków udziału w postępowaniu poprzez nieokreślanie kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, co nie zostało uznane przez Izbę jako naruszenie przepisu art. 22 oraz art. 7 ustawy Pzp (wyrok z dnia 21 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1084/08): „(...)Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu minimalnej wysokości sumy ubezpieczenia. Dlatego niezasadnym okazał się zarzut, iż polisa złożona przez PREGRES s.c., z uwagi na wysokość sumy ubezpieczenia od OC - 100.000 zł i określoną przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia – w kwocie 1.474.876,07 zł nie zabezpiecza interesu Zamawiającego. Zamawiający nie określił bowiem wymogu przedstawienia polisy (lub innego dokumentu ubezpieczenia) na konkretną sumę ubezpieczenia.” Ponadto podczas rozpoznania kolejnego odwołania (wyrok z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1809/09) członkowie

Krajowej Izby Odwoławczej również nie zakwestionowali zapisu SIWZ (r.V.1.2), w świetle którego Zamawiający wymagał, by w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dołączyć polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej przy jednoczesnym braku określenia kwoty ubezpieczenia.

5. Zastosowanie korekty finansowej – 5 % kosztów kwalifikowanych zamówienia wydaje się bezpodstawne.

Jak pisze sam Zespół Kontrolujących nie ma możliwości oszacowania szkody finansowej, stąd posłużył się metodą wskaźnikową. Metoda ta nie bazuje na ustalonym stanie faktycznym, ale jest pewnym ideowym rozwiązaniem przyjętym do naliczania kar. Jest to metoda bardzo ogólna – abstrakcyjna i nie uwzględnia specyfiki badanego postępowania, dlatego też znajduje jedynie zastosowanie pomocnicze<sup>2</sup>. W tym miejscu warto przywołać komentarz praktyczny Lex Nr 105154 poświęcony tematyce korekty finansowej na gruncie zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (Andrzej Łukaszewicz: Korekta finansowa w zamówieniach publicznych z udziałem środków unijnych). Jak pisze autor: „kluczowym momentem związanym z naliczeniem korekty finansowej jest ustalenie wystąpienia szkody. Co do zasady, wysokość korekty powinna odpowiadać wartości szkody. Szkodę ustala się biorąc pod uwagę rodzaj i stopień naruszenia oraz jego skutki finansowe dla wydatków z funduszy UE. Podobnie wnioski formułują Grzegorz Karwatowicz i Marta Lamch-Rejowska „(...) w przypadku systemu nakładania korekt finansowych za naruszenia w pzp za szkodę przyjąć należy jedynie szkodę realną. Szkada potencjalna (ryzyko wystąpienia szkody) nie zostaje sklasyfikowana jako szkada w świetle przepisów statuujących system korekt finansowych. (...) Korektą finansową sankcjonowane będzie jedynie to naruszenie przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych oraz przepisów pzp wdrażających to prawo, które skutkować będzie wystąpieniem faktycznej (realnej) szkody. A contrario, jeżeli naruszenie przedmiotowych regulacji wspólnotowych oraz dyspozycji pzp wdrażających powyższe regulacje będzie posiadało swoje konsekwencje w wystąpieniu szkody potencjalnej, czyli ryzyku wystąpienia szkody, wówczas właściwy organ (instytucja) przyznający środki pochodzące z dofinansowania wspólnotowego nie powinien nałożyć na beneficjanta sankcji w postaci korekty finansowej ze względu na fakt, iż szkada potencjalna nie mieści się w zakresie kwalifikacji stanu faktycznego jako szkody zgodnie z przyjętym zakresem w systemie nakładania korekt finansowych na beneficjanta za naruszenia w prawie zamówień publicznych”<sup>3</sup>. W analizowanym przez Kontrolujących przypadku szkoda realna czy potencjalna nie występuje, czego zresztą sam

<sup>2</sup> G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, Korekty finansowe jako sankcja za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, „Zamówienia publiczne” styczeń 2010, Nr 1, s. 31

<sup>3</sup> G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych, Wydawnictwo PRESSCOM Sp. z o.o., Wrocław 2011, s. 208-209



Kontrolujący nie wykazał i tym samym nie ma więc odniesienia na system korekt finansowych. Taryfikator zawierający procentowe odzwierciedlenie określonych w nim naruszeń przepisów pzp opiera się na prostej zasadzie odbierania środków unijnych w razie ich nieprawidłowego użytkowania. Zgodnie z zaleceniami, jeżeli naruszenie ma charakter wyłącznie formalny i nie wynikają z niego skutki finansowe nie stosuje się wytycznych w sprawie naliczania korekty finansowej”. Konstatując, jeśli nie doszło do naruszenia zasad udzielenia zamówienia, co jednoznacznie zostało uargumentowane w niniejszym piśmie, a tym samym nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania (czego zresztą sam Zespół Kontrolujący również nie wskazał) wymierzanie korekty jest działaniem wbrew racjonalności gospodarowania jednostki samorządu terytorialnego wyrażonej w ustawie o finansach publicznych.

Wobec przedstawionego powyżej stanu rzeczy prośba o wydanie opinii prawnej jest uzasadniona.

wz. Prezydenta Miasta  
i Zastępcy Prezydenta Miasta  
*[Signature]*  
Henryk Zagula

Otrzymują:

- 1) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych  
Sz. Pan Jacek Sadowy  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa
- 2) a/a.

Do wiadomości:  
Urząd Marszałkowski w Katowicach  
Wydział Rozwoju Regionalnego  
ul. Ligon 46  
40-037 Katowice

Załączniki:

1. załącznik nr 1 - Informacja pokontrolna z dnia 21 lipca 2011 r. (znak: RR RKPR.44.231.1.2011.SF)
2. załącznik nr 2 - pismo Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2011 r. (znak: BFU.042.4.3.2011)
3. załącznik nr 3 - zmieniona i uzupełniona Informacja pokontrolna z dnia 9 sierpnia 2011 r.

KIEROWNIK  
Biura Koordynacji Zamówień Publicznych  
i Opinii Prawnych

*[Signature]*  
Jacek Rokicki