
Oferta wspólna
Spełnienie warunków udziału w przypadku sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Przy analizie tego zagadnienia, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na stan prawny obowiązujący w chwili wszczęcia postępowania. W postępowaniach prowadzonych / wszczynanych przed dniem 27 lipca 2016 roku brzmienie art. 23 ustawy Pzp było następujące:

Wersjado: 27 lipca 2016 r.

Art. 23

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.
4. Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Pojawiające się komentarze w różny sposób interpretowały sposób budowania warunków udziału w postępowaniu i ich oceny w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Klasycznym przykładem różnych decyzji niech będą wybrane tezy jednego z wyroków KIO, który dość szeroko wskazywał na różnice w interpretacji dotyczącej łączenia czy sumowania potencjałów w przypadku oferty wspólnej.

Wyrok
Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 23 lipca 2010 r.
KIO 1432/10

„...Pewną odrębnością charakteryzuje się kwestia łączenia potencjału ekonomicznego (finansowego) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie wymogu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na określonej sumę gwarancyjną, co znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby.

Dominująca linia orzecznicza Izby akceptuje stanowisko, zgodnie z którym, jeżeli jeden z konsorcjantów wykaze posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną, to jest to wystarczające do uznania, że całe konsorcjum wykazało spełnienie tak opisanego warunku udziału w postępowaniu (por. wyroki Izby: z 13.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 993/09, wyrok z dnia 2 września 2009, sygn. akt KIO/UZP 1085/09).

W wyroku z dnia 7 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1103/09 Izba stwierdziła, że jeżeli Zamawiający postawił w SIWZ dodatkowy wymóg, aby wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli dokumenty w zakresie ubezpieczenia, a postanowienie to nie zostało skutecznie oprotestowane, to Zamawiający winien żądać polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia od każdego z konsorcjantów.

W orzecznictwie prezentowany był jednak również pogląd, że warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na określonej sumę, jako element integralnie związany z indywidualną sytuacją podmiotu, powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum (por. wyrok Izby z dnia 21 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1631/09 i 1643/09).

Podobny pogląd reprezentowany był również w części doktryny.

„Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 3), z tym, że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum. Podobnie w sytuacji postawienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określonej sumę. Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich.” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 07.223.1655), (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX, 2007, wyd. III.).

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela dominujące w orzecznictwie stanowisko, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej powinno być w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oceniane łącznie.....”.

Wyrok
Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 8 lutego 2011 r.
KIO 145/11

„...Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia stanowiska, iż użycie w SIWZ sformułowania "wykonawca składa polisę" zamyka możliwość złożenia dwóch polis, łącznie obejmujących wymaganą sumę ubezpieczenia. Wykonawca startujący w przetargu ma prawo złożyć w przedstawianej ofercie dwie (lub więcej) polis ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Liczy się wówczas suma kwot gwarancyjnych wynikających ze złożonych polis. Z żadnych postanowień ustawowych bądź umownych nie wynika, aby posiadanie w tym postępowaniu dwóch polis zamykało zamawiającemu możliwość dochodzenia ewentualnych roszczeń na ich podstawie. Uniemożliwienie złożenia kilku polis ubezpieczeniowych celem sumowania wymaganej wielkości ubezpieczenia może stanowić podstawę do postawienia zarzutu utrudniania dostępu do zamówienia publicznego...”

Jednakże ta nie do końca doprecyzowana zasada sposobu postępowania w zakresie warunków udziału w postępowaniu (sytuacja ekonomiczna i finansowa) dla ofert wspólnej znalazła rozwinięcie w nowym brzmieniu art. 23 ustawy Pzp od 28 lipca 2016 roku.

Art. 23.

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.
4. Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.
5. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.
6. Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Możemy zauważyć, że ustawodawca ułatwił zamawiającemu możliwość kreowania szczegółów dotyczących opisu warunków udziału w postępowaniu dla oferty wspólnej, wymagając jednak uzasadnienia z powołaniem się na charakter zamówienia i proporcjonalność.

Zaczęły pojawiać się komentarze wskazujące, że co do zasady mechanizm sposobu postępowania w zakresie oferty wspólnej i warunków udziału może być różny. Takim przykładem niech będzie fragment jednego z nich:

Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII

Autorzy fragmentu: Stachowiak Małgorzata

Opublikowano: WKP 2018

(Lex)

„...”

*Przepis art. 23 ust. 3 oznacza nie tylko to, że łącznie występujący wykonawcy winni być traktowani jak wykonawca, lecz także to, że każdy z takich wykonawców z osobna też winien być traktowany jak wykonawca. Taka konstrukcja przepisu i jego cel, którym jest ułatwienie uzyskiwania zamówień wykonawcom niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie, sprawiają, że szczególnie dokładnie należy rozważyć, jakie prawa i obowiązki wykonawców przysługują konsorcjum tylko wtedy, gdy działa wspólnie, a jakie są przypisane każdemu z jego członków. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22d, dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. **Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22c), z tym że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum, czego zamawiający może wymagać na podstawie postanowień ust. 5.***

*Podobnie w sytuacji postawienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określoną sumę. **Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich.** Należy się również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22b) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie jednak stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. ...”*

Kolejna ciekawa analiza tematu dotyczącego „ubezpieczenia” pojawia się w innym komentarzu:

Andała-Sępkowska Justyna, Sumowanie potencjału członków konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Opublikowano: ABC; LEX

„..."

W odniesieniu do wymogu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wystarczające okazuje się posiadanie go przez jednego z członków konsorcjum. W wyroku KIO, Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 993/09, czytamy: „(...) W zakresie ubezpieczenia od OC wystarczające było zatem, aby jeden z uczestników konsorcjum posiadał wymagane ubezpieczenie, na żądaną sumę. (...) skład orzekający izby uznał, iż w sytuacji złożenia w ofercie konsorcjum odwołującego polisy ww. ubezpieczenia, na wymaganą sumę ubezpieczenia przez jednego członka konsorcjum (...) żądanie zamawiającego złożenia polisy potwierdzającej, że drugi członek tego konsorcjum (...) także posiada ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności – było niezasadne (...).”

Podobnie w wyroku KIO z dnia 23 lipca 2010 r., KIO/UZP 1432/10, „(...) Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela dominujące w orzecznictwie stanowisko, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej powinno być w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oceniane łącznie. Zaakceptowanie przeciwnego poglądu prowadziłyby do znacznego zwielokrotnienia wymogów postawionych wobec konsorcjum w stosunku do wymogu stawianego wykonawcy ubiegającemu się samodzielnie o udzielenie zamówienia (...).”

Choć i tu można spotkać inne podejście do posiadanej polisy, przykładem jest wyrok z dnia 21 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1631/09; KIO/UZP 1643/09, w którym KIO stwierdziła, że „(...) warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określona sumę, jako element integralnie związany z indywidualną sytuacją podmiotu powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum (...).”

Jeżeli zamawiający w żaden sposób w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu nie określił warunków udziału w postępowaniu związanego z konsorcjum, to oznacza, że wszystkie potencjały będą mogły być w dowolny sposób sumowane?

Problem ten analizowała już KIO, która w wyroku z 29.11.2016 r. (KIO 2169/16, LEX nr 2166874) wskazała:

„..."

W ocenie Izby fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Odwołującego (Konsorcjum). Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy – dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi.

(...)

A zatem, zgodnie z powyższym stanowiskiem Izby, zasadą wydaje się wykazanie przez każdy z podmiotów ubiegających się o zamówienie, niezależnie od tego, czy jest to podmiot występujący pojedynczo czy utworzony przez kilka podmiotów, krotności zrealizowanych zamówień (pełnego warunku doświadczenia przez jednego z uczestników). Jednocześnie, jeśli zamawiający nie zamierza modyfikować tej zasady, w ocenie składu orzekającego nie ma obowiązku określać w SIWZ reguł odnoszących się do omawianej kwestii. Dopiero gdyby zamawiający zamierzał złagodzić swoje wymagania, podkreślając, że nie zależy mu na krotności wykonania zamówień, mógłby wskazać w SIWZ, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą przedstawić doświadczenie dwóch różnych podmiotów..."

Odmienne interpretuje to jednak w jednej z opinii UZP, upublicznionej na stronach internetowych:

https://zamowieniarpo.podkarpackie.pl/sites/default/files/wiadomosci/pliki/UZP_Polisa.pdf



Warszawa, dnia 14.06. 2017 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

UZP/DP/026/503(3)/17/SE

KW-5646/17

W jej treści pojawiają się między innymi takie rozstrzygnięcia:

„..."

Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b pkt 2-3 ustawy Pzp, dotyczące zdolności ekonomicznej, finansowej, technicznej i zawodowej (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia zdolności technicznych, zawodowych, ekonomicznych i finansowych. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez

wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1b pkt 2-3 ustawy Pzp. Żądanie od każdego z konsorcjantów spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu w pełnej wysokości prowadziłoby, w większości przypadków, do zwielokrotnienia wymogu nałożonego na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w stosunku do pojedynczego wykonawcy. Przykładowo, gdyby zamawiający żądał wykazania się zdolnością techniczną w postaci dysponowania 2 urządzeniami, to 2 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musiałoby wykazać się de facto dysponowaniem 4 urządzeniami, co byłoby sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Wykonawcy ci traktowani byłiby odmiennie niż wykonawcy składający ofertę samodzielnie, co naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy jednak zauważyć, że w świetle art. 23 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Powyższy przepis stanowi transpozycję art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że w razie potrzeby instytucje zamawiające mogą w dokumentach zamówienia sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w art. 58 dyrektywy 2014/24/UE, pod warunkiem że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Tym samym zamawiający może skorzystać ze wskazanego uprawnienia o ile będzie to usprawiedliwione z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia i adekwatne do towarzyszących mu okoliczności. W szczególności należy

(...)

Należy zauważyć jednak, że w stosunku do warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp i w odniesieniu do którego zamawiający może żądać od wykonawcy na podstawie art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zasadą będzie jednak możliwość sumowania wartości polis konsorcjantów. Warunek znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej ma bowiem na celu potwierdzenie zdolności wykonawców do sfinansowania realizacji zamówienia

do czasu dokonania płatności przez zamawiającego. Z punktu widzenia zamawiającego nie ma zatem znaczenia czy zdolność do finansowania zamówienia będzie posiadał jeden czy łącznie większa liczba wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Reasumując, należy stwierdzić – że co do zasady – wymóg posiadania polisy OC zostanie spełniony zarówno, gdy jeden członek konsorcjum będzie posiadał polisę ubezpieczeniową na żadaną przez zamawiającego lub wyższą sumę, ale także, gdy dwaj (lub więcej) członkowie konsorcjum przedłożą polisy ubezpieczeniowe na łączną sumę gwarancyjną nie mniejszą niż wskazana przez zamawiającego. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny zatem ograniczać swobody tworzenia konsorcjum.

Kolejne rozstrzygnięcia KIO:

Wyrok KIO z 26.03.2013 r., KIO 550/13, LEX nr 1308947:

„W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest, aby wymaganie posiadania polisy w określonej wysokości spełniał jeden z wykonawców, zwłaszcza jeśli pozostaje w związku co do wartości z wysokością ubezpieczenia wymaganego przez zamawiającego”

Jak należy więc postąpić przy budowaniu warunków udziału dla wykonawców składających ofertę wspólną?

Przeprowadźmy analizę tego problemu na przykładzie „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”. Istnieje kilka wersji stosowanych przez zamawiających w analizowanym przypadku. Każda z nich jest poparta orzecznictwem KIO czy opiniami lub komentarzami ekspertów.

Bazą niech będzie ustalenie poziomu warunku „ubezpieczenia”. Przyjmowany przez zamawiających jest najczęściej w wysokości 75 -80% szacunkowej wartości zamówienia.

Dane wejściowe:

- wartość zamówienia 1000 jednostek,
- zamawiający buduje warunek udziału w postępowaniu oparty na poziomie 750 jednostek w zakresie „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” – dla wykonawcy.

Wersja nr 1

Zamawiający ustala poziom warunku identyczny dla wykonawcy składającego ofertę wspólną – każdy z potencjalnych wykonawców składających taką oferty musi także samodzielnie spełnić ten warunek. Czyli 3 wykonawców – każdy z nich co najmniej 750 jednostek ubezpieczenia.

Można wskazać w takim przypadku, że zbudowana proporcja może ograniczać dostęp do zamówienia innym wykonawcom, którzy nie będąc w stanie zrealizować całości zamówienia mają ograniczone pole manewru.

Wersja nr 2

Zamawiający ustala poziom warunku identyczny dla wykonawcy składającego ofertę wspólną – ale co najmniej jeden z wykonawców składających taką ofertę musi samodzielnie spełnić ten warunek. Czyli jeżeli ofertę wspólną złoży 3 wykonawców – wystarczy, że jeden z nich spełni warunek udziału dotyczącym ubezpieczenia na poziomie 750 jednostek.

Można wskazać, że zasada proporcjonalności została zachowana, gdyż w przypadku konsorcjum wystarczy, że jeden wykonawca, dysponujący poziomem ubezpieczenia 750 jednostek daje podstawy do założenia konsorcjum, gdyż pozostali uczestnicy konsorcjum nie muszą dysponować żadnym ubezpieczeniem. Przy tej wersji nie dokonano rozstrzygnięcia, czy zamawiający dopuszcza sumowanie „ubezpieczenia”, gdy żaden z wykonawców nie dysponuje poziomem „ubezpieczenia” w wysokości 750 jednostek, ale w sumując częściowe każdego z nich już TAK.

Wersja nr 3

Zamawiający ustala poziom warunku identyczny dla wykonawcy składającego ofertę wspólną – ale wszyscy wykonawcy muszą być ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej, z tym, że suma ubezpieczenia wszystkich wykonawców musi spełniać wymóg 750 jednostek.

Można wskazać, że zasada proporcjonalności została zachowana, z tym że wymóg ubezpieczenia wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w pewien sposób ogranicza dostęp do tego zamówienia niektórym wykonawcom.

Wersja nr 4

Zamawiający ustala poziom warunku identyczny dla wykonawcy składającego ofertę wspólną – z tym że suma ubezpieczenia wszystkich wykonawców musi spełniać wymóg 750 jednostek. Zamawiającego nie interesuje, czy wszyscy wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej czy też nie.

Analizując wyżej wymienione poziomy wprowadzania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia warto zauważyć, że rzadko kiedy zamawiający zwraca uwagę na wymóg zawarty w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Opis warunku ma być precyzyjny, dokładny i wyczerpujący. Czy taką precyzję opisu warunków dotyczącą konsorcjum znajdziemy w każdej siwz?

Art. 22

(...)

1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Oczami kontrolujących, opis warunku w przypadku konsorcjum widziany jest najczęściej obowiązkową sumą kumulacji posiadanych zasobów. Jednak zasada sumowania nie została wg mojej oceny rozpisana regulacjami prawnymi.

-
- Po części za ten stan rzeczy odpowiedzialny jest także zamawiający. Jeżeli zapisy ustawy wprowadzają wymaganie „**jeżeli jest to uzasadnione...**” wg mojej oceny w protokole postępowania powinno pojawić się uzasadnienie. Czy jest to rozwiązanie obowiązkowe, wymagane przepisami ustawy pzp - NIE.
-

W komentarzach pojawiły się i takie opinie, że wprowadzenie bezkrytycznego mechanizmu sumowania w przypadku konsorcjum (wersja nr 4) narusza zasadę konkurencyjności takiego postępowania. Wykonawcy składający ofertę wspólną są w korzystniejszej pozycji przy spełnieniu tego warunku niż samodzielnie jeden wykonawca.

Osobiście proponuję, jeżeli jest to uzasadnione ... jeszcze inną od tych opisanych wcześniej wersji i zaproponowanych rozwiązań. Wydaje mi się ona konkurencyjna, że nie powinna generować obniżeniem konkurencyjności takiego postępowania. Ze względu na istniejące i obecnie rozbieżności w interpretacjach KIO, opiniach UZP oraz możliwości zindywidualizowania wymagań związanych z ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, wybrałbym pośredni sposób opisanie warunków działu dotyczący „ubezpieczenia”.

Wersja nr 5

Proponuję wprowadzić wymóg, aby co najmniej jeden z wykonawców - uczestników konsorcjum dysponował pełną sumą ubezpieczenia wydaje się optymalnym, bez możliwości sumowania z innymi wykonawcami składającymi ofertę. Jednocześnie pozostali wykonawcy składający ofertę wspólną nie muszą się wykazywać spełnieniem warunku udziału dotyczącym „ubezpieczeniem”. Jednak dla zachowania konkurencyjności tego postępowania należało obniżyć poziom warunku dotyczącego „ubezpieczenia”, zwiększając tym samym dostęp do tego zamówienia większej liczbie wykonawców.

Dokonyjmy prostej analizy sposobu budowania warunku udziału:

Wartość zamówienia w danym postępowaniu - 1 000 jednostek.

Zgodnie z opiniami i komentarzami, zasadnym jest żądanie polisy w wysokości 750 jednostek, także dopuszczające sumowanie ubezpieczenia w przypadku oferty wspólnej. Jak należy przypuszczać, przy kontroli takiego zamówienia nikt nie podniesie zarzutu i nie wskaże naruszenia przepisów prawa. Jednak takie rozwiązanie przyniosłoby szkodę zamawiającemu, między innymi poprzez obniżenie poziomu konkurencyjności tego postępowania.

Można ten warunek opisać jedna inaczej.

Zacznijmy od analizy przedmiotu zamówienia, potencjalnych ofert, sposobu złożenia i rynku wykonawców z możliwością złożenia oferty wspólnej przez kilku wykonawców.

Nie jest mi znana sytuacja, aby ofertę w przypadku większości przedmiotów zamówienia złożyło konsorcjum składające się z co najmniej 10 lub więcej wykonawców. Standardowo w przypadku oferty wspólnej jest to 2-4 wykonawców.

W praktyce, gdy wprowadzimy mechanizm sumowania, minimalna kwota – przy równym podziale na 3 wykonawców, to co najmniej 250 jednostek ubezpieczenia wymaganego od jednego wykonawcy. Ale musi być ich aż 3 z kwotą ubezpieczenia w ww. wysokości. Jest to już duża bariera i trudność w złożeniu oferty przez konsorcjum.

Przy większej ilości wykonawców (np. 10 – minimum 75 jednostek ubezpieczenia), którzy mogliby złożyć ofertę w tym przedmiocie zamówienia zaczynamy mówić o możliwej zmwowie przetargowej, gdzie kilkunastu wykonawców w danej branży zjawia się w danym przetargu (aby nie konkurować z sobą), mają pewność, że przetarg wygrają a jednocześnie ceny oferty wspólnej zapewniają każdemu z nich zysk na odpowiednim poziomie.

Zamawiający może także dokonać analizy potencjalnego rynku wykonawców. Zasadnym jest w większości przypadków przyjęcie, że potencjalna liczba wykonawców, którzy chcieliby założyć konsorcjum składając ofertę to liczba 3. Wskazane symulacje są najczęściej poparte faktami.

Przy propozycji **wersji nr 5** zamawiający może wprowadzić wymóg braku sumowania (przy ofercie wspólnej) i wymagać, że w przypadku oferty wspólnej nie będzie sumowania tych kwot, ale minimalna wartość „ubezpieczenia” jednego z wykonawców będzie na kwotę 10x niższą. Czyli w wersji nr 5 będzie to kwota na poziomie 75 jednostek.

Decyzja ta i taki sposób opisu warunku udziału w sposób jednoznaczny zwiększa szansę wykonawcom składającym ofertę wspólną i zrównuje ją z jednym wykonawcą składającym ofertę w tym postępowaniu.

Warunek dotyczący ubezpieczenia oczami ekspertów generuje pewien poziom „solidności finansowo-ekonomicznej” na etapie składania oferty a później w czasie realizacji umowy. Jeżeli jest on ustalony na wysokim poziomie, złożenie oferty przez jednego wykonawcę podnosi ją do wysokiego poziomu, a w przypadku oferty wspólnej wprowadzając możliwość sumowania (dopuszczonego w niektórych opiniach jako zasadne i wymagane) przez np. 3 wykonawców, którzy nie mają wysokiego poziomu, obniża ten poziom do kwot 3 krotnie niższej. Warunek udziału w takim przypadku wg mojej oceny staje się nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i narusza równowagę konkurencyjności wskazaną w art. 7 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Wykonawca składający samodzielnie ofertę musi spełnić samodzielnie wysoki poziom warunku, gdzie złożenie oferty wspólnej obniża ten poziom do niskiej wartości. Wg mojej oceny należałoby w tym przypadku zastosować na zasadzie analogi zasadę opisywaną wcześniej w jednym z wyroków KIO w zakresie doświadczenia.

W poprzednim stanie prawnym art. 23 ustawy Pzp nie definiował takiej możliwości, obecny przepis w art. 23 ustawy Pzp już → TAK. Wymaga się jednak uzasadnienia.

Gdyby zamawiający wprowadził (zgodnie z wykładnią / opiniami) obowiązek sumowania ubezpieczeń przy kwocie 750 jednostek, w praktyce znacznie utrudniłby dostęp do tego zamówienia wykonawcy lub kilku wykonawcom. Założenie konsorcjum byłoby trudniejsze, bo wyszukanie co najmniej jednego wykonawcy z taką kwotą ubezpieczenia ograniczałoby możliwość złożenia oferty.

Zamawiający nie ma obowiązku prawnego przestrzegać literalnie opinii i interpretacji publikowanych czy udostępnianych w różny sposób przez ich autorów. Są one w swojej treści jedynie kierunkiem rozważań, jak należy postępować w ocenie danej osoby/ członka KIO. Jak powinien być opis warunku udziału w przypadku konsorcjum, musi każdorazowo zdecydować sam zamawiający. Opis wprowadzony do siwz i ogłoszenia musi być jednolity i bardzo precyzyjny (art. 22 ust. 1a).

Przy braku precyzji zamawiający może:

- mieć zakwestionowaną zasadę budowania warunków udziału jako nieprecyzyjną (różne wyroki KIO, opinie i komentarze) przez samego wykonawcę,

-
- w procedurze badania i oceny ofert spotkać się z pokusą zdecydowania o wariacie oceny tego warunku, który nie był opisany należycie w siwz i w ogłoszeniu o zamówieniu (konieczność unieważnienia postępowania),
 - spotkać się z zarzutami przy kontrolach (indywidualna ocena kontrolującego).

Sprawdzajmy opisy warunków udziału w swoich siwz i ogłoszeniach o zamówieniu w zakresie konsorcjum, aby dylematy „właściwej” interpretacji były tam rozpisane bardzo precyzyjnie. Jeżeli zaś zastosujemy inną wersję niż sumowanie (co moim zdaniem jest to czasami możliwe), uzasadnienie proponuję dołączyć do protokołu postępowania. Uzasadnienie przygotowuje osoba przygotowująca opis tego warunku, której imię i nazwisko zostało w protokole wskazane. Wg mojej oceny warto posiłkowo w swojej argumentacji przytoczyć tezy z wyroków KIO czy komentarze ekspertów.

Opinię przygotował: Piotr Sparczyński w dniu 17.09.2018 r.