

## **Oświadczenie złożone przez senatora Ryszarda Bobera w dniu 22 listopada 2022 r.**

Oświadczenie skierowane do ministra funduszy i polityki regionalnej Grzegorza Pudy

Szanowny Panie Ministrze!

Dotarły do mnie informacje związane z oceną indywidualnych przypadków w ramach weryfikacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Instytucje zarządzające RPO borykają się z wątpliwościami, w jakim stopniu indywidualna sytuacja danej inwestycji, w tym okoliczności podnoszone przez beneficjentów, a odnoszące się do specyfiki udzielanych przez nich zamówień, może przesądzać o odstąpieniu od zakwalifikowania danego naruszenia jako nieprawidłowości, mimo że co do zasady dane naruszenie kwalifikowane jest jako nieprawidłowość.

Województwo kujawsko-pomorskie, które zasygnalizowało pojawiający się problem, wskazuje 2 stany faktyczne i najbardziej problematyczne kwestie związane z weryfikacją postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie zwracając się z prośbą o udzielenie odpowiedzi co do zasadności uznania wskazanych naruszeń za nieprawidłowości.

Pierwszy przypadek dotyczy sytuacji, w której zamawiający w zapytaniu ofertowym jako warunek udziału w postępowaniu wskazuje konieczność posiadania polisy OC za szkody spowodowane przy realizacji robót objętych zakresem zamówienia, na kwotę nie niższą niż 500 tysięcy zł. Tymczasem, jak wynika z kosztorysu inwestorskiego, wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana na kwotę 174 tysięcy 216 zł netto (214 tysięcy 285 zł 68 gr brutto). Dodać należy, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu opiewa na kwotę 182 tysięcy 305 zł 85 gr netto (tj. 224 tysięcy 236 zł 20 gr brutto). Była to jedyna oferta, która wpłynęła w postępowaniu. W związku z tym ustalona wartość szacunkowa zamówienia była znacznie niższa od wartości postawionego w postępowaniu warunku udziału w zakresie posiadania aktualnej polisy ubezpieczenia OC. Tym samym co do zasady wymaganie od wykonawców polisy OC w wysokości minimum 500 tysięcy zł jest nieproporcjonalne do wartości przedmiotu zamówienia. Takie działanie zamawiającego zostało w konsekwencji uznane za naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem mogło uniemożliwić niektórym zainteresowanym wykonawcom skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak po otrzymaniu zastrzeżeń od beneficjenta IZ w świetle przytoczonych argumentów nabrała wątpliwości co do słuszności zakwalifikowania wskazanego naruszenia jako spełniającego przesłanki uznania go za nieprawidłowość. Beneficjent przytoczył argumenty, które wykazują, że należałoby w tej sytuacji wykluczyć możliwość wystąpienia szkody, choćby potencjalnej, i wskazał na argumenty, które w sposób obiektywny uzasadniają ustalenie warunku na tak wysokim poziomie w odniesieniu do sumy gwarancyjnej ubezpieczenia. Zdaniem beneficjenta postawienie warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę polisy OC w wysokości 500 tysięcy zł odnosi się nie tylko do zakresu prac będących przedmiotem zamówienia, ale także do miejsca robót, czyli w tym przypadku – zabytku. Beneficjent w swoim piśmie odwoławczym wskazuje: „Zamawiający może żądać polisy o określonej wysokości w celu potwierdzenia znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej lub finansowej umożliwiającej realizację zamówienia, jednakże owej wartości nie można łączyć tylko z wartością przedmiotu zamówienia. (...) Polski ustawodawca nie posługuje się określeniem «proporcjonalny do wartości przedmiotu zamówienia», lecz «proporcjonalny do przedmiotu zamówienia». W konsekwencji czego zamawiający może brać pod uwagę wszystkie elementy składające się na zakres przedmiotowy umowy, id est nie tylko wartość umowy, ale także poziom trudności czy czas realizacji kontraktu, aby uniknąć zarzutów o zbyt wąską interpretację ścisłej zależności pomiędzy wartością OC a przedmiotem zamówienia, często postrzegającym jedynie przez pryzmat jego wartości”.

Jako drugi przypadek wskazano sytuację, w której zamawiający postawił warunek, by wykonawca udowodnił, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 600 tysięcy zł. Jak wynika z protokołu postępowania, przedmiot zamówienia został oszacowany na kwotę 396 tysięcy 747 zł 97 gr netto. Dodać należy, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu opiewała na kwotę 487 tysięcy 822 zł 92 gr. W związku z tym stwierdzono, że wartość szacunkowa zamówienia jest znacznie niższa od wartości postawionego w postępowaniu warunku udziału w zakresie posiadania aktualnej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Zatem wymaganie od wykonawców polisy OC w wysokości minimum

600 tysięcy zł należałoby uznać za nieproporcjonalne do wartości przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy zaznaczyć, że okolicznościami wpływającymi na uznanie tej sytuacji za odmienną od wskazanej wcześniej były argumenty beneficjenta, który w swoim odwołaniu wskazuje: „W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że wskazany warunek udziału w postępowaniu służy wyłącznie weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy, a nie zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia – jak bowiem wynika z praktyki, ubezpieczenie przedkładane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest innym ubezpieczeniem niż ubezpieczenie, jakie będzie musiało zostać ustanowione w toku realizacji zamówienia, np. ubezpieczenie danej inwestycji”. W konsekwencji wątpliwe wydaje się uznanie, że działanie beneficjenta mogło doprowadzić do jakiegokolwiek szkody w budżecie UE. Wykazanie bowiem faktu, że postawionego warunku nie można uznać za coś działającego „odstraszająco” na potencjalnych wykonawców, podaje w wątpliwość zasadność zakwalifikowania działania beneficjenta jako mogącego wywołać szkodę w budżecie UE.

W związku z przytoczonymi wątpliwościami zwracam się z prośbą o zajęcie stanowiska w kwestii zasadności i dopuszczalności uznawania naruszeń za nieprawidłowości, skutkującego nałożeniem korekty finansowej bądź dokonaniem pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, w sytuacji stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy PZP.

Z poważaniem  
Ryszard Bober  
senator RP