

Sygn. akt: KIO 2320/12

Sygn. akt: KIO 2321/12

**WYROK**  
**z dnia 7 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak  
Sylwester Kuchnio  
Piotr Kozłowski

**Protokolant:** Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2012 r. przez **Odwołującego** – W..... D....., prowadzącą działalność pod firmą PUPH „SOLO” W..... D....., Rybno 44, 42-100 Kłobuck, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice.

**orzeka:**

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – W..... D....., prowadzącą działalność pod firmą PUPH „SOLO” W..... D..... z siedzibą w Kłobucku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – W..... D....., prowadzącą działalność pod firmą PUPH „SOLO” W..... D....., Rybno 44, 42-100 Kłobuck, tytułem wpisu od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2320/12**

**Sygn. akt: KIO 2321/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pt.: „Dostawa drewna kopalnianego do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013 roku” oraz pt. „Dostawa tarcicy do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013 roku”. Ogłoszenia o wskazanych zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio pod numerami: 2012/S 165-274248 oraz 2012/S 165-274231 (sprostowanie: 2012/S 182-297683).

W niniejszym postępowaniu Odwołująca wniosła odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującej z postępowania, wskazując na naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegającym na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującej pomimo spełnienia przez nią wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez postawienie odwołującej w gorszej sytuacji w stosunku do podmiotów działających na rynku zamówień publicznych przez określony czas i mogących okazać się posiadaniem dokumentów potwierdzających zdolności ekonomiczne;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 przez wykluczenie Odwołującej z postępowania o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji spowodowało uznanie oferty odwołującej za odrzuconą, pomimo wykazania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej;
3. art. 26 ust. 2b przez błędne uznanie, że uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale i zdolnościach osób trzecich nie obejmuje warunku posiadania zdolności ekonomicznych, w sytuacji gdy Odwołująca udowodniła, że będzie polegała na sytuacji ekonomicznej innego podmiotu a przepis art. 26 ust. 2b powinien być interpretowany w taki sposób, że przewidziana w nim możliwość korzystania przez przedsiębiorcę z cudzych zdolności finansowych obejmuje również zdolności ekonomiczne;
4. art. 26 ust. 2c przez żądanie od Odwołującej przedstawienia dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej, w sytuacji gdy z uzasadnionej

przyczyny nie mogą być one przedstawione, a udowodniona została - czego Zamawiający w żaden sposób nie podważał - możliwość korzystania z sytuacji ekonomicznej innego podmiotu.

Wobec powyższego Odwołująca wniosła o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującej z postępowania a w konsekwencji uznaniu złożonej przez Odwołującą oferty za odrzuconą;
- nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia oceny oferty złożonej przez Odwołującą w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności ekonomicznej z uwzględnieniem dopuszczalności polegania w zakresie tego warunku na zdolnościach podmiotu trzeciego,
- unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na zaproszeniu wykonawców biorących udział w przetargu do udziału w aukcji elektronicznej z pominięciem Odwołującej,
- unieważnienie aukcji elektronicznej,
- nakazaniu Zamawiającemu ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, z uwzględnieniem Odwołującej,
- dopuszczenie dowodu z zeznań świadków:
  - Z..... D..... na okoliczność rodzaju prowadzonej przez świadka działalności gospodarczej, sposobu wykonywania tej działalności gospodarczej, braku po stronie świadka obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych oraz
  - P..... L..... na okoliczność braku po stronie świadka obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołująca wskazała, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został wprowadzony w wyniku implementacji dyrektywy 2004/18/WE, której art. 47, zatytułowany „sytuacja ekonomiczna i finansowa”, stanowi: „Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań”. Odwołująca zwróciła uwagę, iż przepisy dyrektywy nie różnicują sytuacji ekonomicznej i finansowej, tym samym dopuszczają posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych warunków. Istotne jest również, zdaniem Odwołującej, że zgodnie z art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Zaś celem ww. dyrektywy było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie

zamówienia poprzez zapewnienie wykonawcom jak najszerszej możliwości korzystania z potencjału podmiotów trzecich, w tym także potencjału ekonomicznego podmiotów trzecich (sygn. akt KIO 269/11).

W związku z powyższym, sytuację kiedy to polski przepis nie wymienia możliwości polegania na zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego, zdaniem Odwołującej, uznać należy za błąd legislacyjny. Pogląd odrzucający dopuszczalność powołania się na zdolność ekonomiczną podmiotu trzeciego został zakwestionowany zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie (sygn. akt KIO 2572/11).

Skoro zatem mamy do czynienia z wadliwą implementacją ww. dyrektywy, w ocenie Odwołującej, konieczna jest tzw. pronunijna wykładnia przedmiotowego przepisu, która winna być dokonana „(...) tak dalece, jak jest to możliwe, w świetle treści i celu dyrektywy. Wzorcem interpretacyjnym - do którego odnieść należy wynik wykładni przepisów krajowych - jest stosowna norma prawa unijnego” (wyrok NSA z 12 września 2012 r., sygn. akt I FSK 1781/11). Odwołująca zwróciła również uwagę, że na konieczność posługiwania się pronunijną wykładnią przepisów prawa wskazał także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02: „(...)pronunijna wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego. Dlatego też od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim”.

Dalej Odwołująca wskazała, że dokonując właśnie takiej pronunijnej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w swoim wyroku z 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 269/11, Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie dopuściła możliwość powołania się na sytuację ekonomiczną podmiotu trzeciego stwierdzając: „Mając na uwadze okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę 2004/18/WE, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, iż wykonawca może polegać jedynie na „zdolnościach finansowych innych podmiotów” należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy” (również m.in. KIO 2572/11).

Wobec powyższych argumentów, wykluczenie Odwołującej z postępowania z powodu niedostarczenia przez nią dokumentów, mających potwierdzić posiadanie przez nią wymaganej zdolności ekonomicznej, było całkowicie bezpodstawne, w sytuacji powołania się przez nią na zdolność ekonomiczną podmiotu trzeciego, jakim w tym wypadku jest Zygmunt Dobrowolski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Obróbka Drewna „TARTAK” Skład Opalowy. Nie zaszła tu bowiem sytuacja opisana w hipotezie, wynikającej z

przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołująca zwraca uwagę, iż samo żądanie przedłożenia rachunku zysków i strat lub innego dokumentu określającego przychody było niedopuszczalne, gdyż Odwołująca nie mogła posiadać takich dokumentów, skoro rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej 12 września 2012 r., co było Zamawiającemu oczywiście wiadome w związku z treścią dokumentów składanych przez Odwołującą, przede wszystkim potwierdzenia wpisu do centralnej ewidencji działalności gospodarczej. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, wystarczającym winny być dokumenty potwierdzające możliwość korzystania ze zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W części X SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, wskazując, iż w zakresie sytuacji ekonomicznej wymaga uzyskania przez wykonawcę przychodu netto w jednym roku obrotowym w ciągu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż jeden rok – w tym okresie, na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów lub Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi o wartości nie mniejszej niż określona w pkt. 1) dla poszczególnych części zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego Zamawiający dokona weryfikacji sytuacji ekonomicznej Wykonawcy na podstawie innych dokumentów potwierdzających przychody za okres jak w zdaniu poprzednim (pkt 2 lit. a). Jeśli idzie o sytuację finansową Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy znajdowali się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (pkt 2 lit. b).

W części XI SIWZ Zamawiający postanowił, że w celu wykazania spełniania warunku określonego w części X pkt. 2) lit. a) SIWZ Zamawiający wymaga oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem „Rachunku zysków i strat” za jeden rok obrotowy z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy niż jeden rok – za ten okres. W przypadku Wykonawców, którzy na podstawie przepisów odrębnych nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego Zamawiający wymaga innych dokumentów określających przychody za okres jak w zdaniu poprzednim. Zaś w celu wykazania spełniania warunku określonego w części X pkt. 2) lit. b) SIWZ Zamawiający wymaga oświadczenia Wykonawcy (złożonego na druku Formularza Ofertowego Załącznik Nr 2 do niniejszej SIWZ), że znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Do ofert złożonych przez Odwołującą dołączone zostało oświadczenie Zygmunta Dobrowolskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Obróbka Drewna „TARTAK” Skład Opalowy, z którego wynika, że ww. osoba, zgodnie z umową o współpracy

gospodarczej, zawartą z Odwołującą, zobowiązuje się nieodwołalnie w okresie obowiązywania przedmiotowej umowy do m.in. odpłatnego udostępnienia Odwołującej zdolności finansowych i jej sytuacji ekonomicznej w zakresie potrzebnym do obsługi udostępnionego sprzętu niezbędnego do wykonania Odwołującą zamówienia. Jednocześnie ww. oświadczył, że w ubiegłym roku osiągnął przychód z pozarolniczej działalności gospodarczej w wysokości powyżej 7 mln zł, przedstawiając na potwierdzenie powyższego kopię PIT-36L.

Zamawiający wezwał, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołującą do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnienie przez Odwołującą warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający podał, że „Wykonawca w ofercie przedstawił oświadczenie (...) dotyczące spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej (...) przedstawił oświadczenie firmy Obróbka Drewna „TARTAK” Skład Opałowy, jako podmiotu trzeciego zobowiązującego się do udostępnienia Wykonawcy m.in. zdolności finansowych i jego sytuacji ekonomicznej.” Dalej Zamawiający wskazał, że „jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uprawnienie Wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. Zgodnie z powyższym na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej przez Wykonawcę Zamawiający wymagał przedstawienia „Rachunku zysku i strat” lub innego dokumentu określającego przychody w przypadku Wykonawców, którzy na podstawie przepisów odrębnych nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego.”

Odwołująca w odpowiedzi wyjaśniła, że rozpoczęła prowadzenie działalności gospodarczej w dniu 12 września 2012 r. i w związku z tym nie posiada dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczną, korzystając w tym zakresie ze zdolności ekonomicznej Zygmunta Dobrowolskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Obróbka Drewna „TARTAK” Skład Opałowy. Do pisma została załączona informacja prawna dotycząca oceny możliwości korzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z cudzej zdolności ekonomicznej.

Pismem z dnia 16.10.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującą o wykluczeniu jej z postępowania i w konsekwencji o odrzuceniu jej oferty. Jako powód wykluczenia podano niedostarczenie wcześniej żądanego dokumentu mającego stanowić potwierdzenie posiadania przez Odwołującą zdolności ekonomicznej.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu między stronami sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca w warunkach niniejszego postępowania może polegać na sytuacji ekonomicznej podmiotu trzeciego.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż ustawodawca krajowy, mimo że pozwolił na formułowanie przez zamawiającego warunków odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), to jednocześnie w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odwołał się jedynie do zdolności finansowej podmiotu trzeciego, na której może polegać wykonawca. Analiza obu przepisów prowadzi do wniosku, iż jakkolwiek zamawiający może oczekiwać, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pożądanej i określonej przez zamawiającego, to możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego odnosi się jedynie do jego zdolności finansowych. Ocena, czy powyższa regulacja jest wynikiem właściwej implementacji przepisów dyrektywy, czy też obarczona jest błędem wymaga ustalenia wzorca normatywnego, według którego ocena ta może być dokonana. Wbrew twierdzeniom odwołującej, zważywszy na fakt, iż Zamawiający należy do grona zamawiających sektorowych, właściwe jest odwołanie się do przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 31.03.2004 r. (Dz. Urz. UE. L 2004, Nr 134), w szczególności do przepisu art. 54 ust. 5, który stanowi, że: Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Na tych samych zasadach grupa wykonawców, o której mowa w art. 11, może polegać na możliwościach uczestników swojej grupy lub na możliwościach innych podmiotów.

Przytoczona regulacja po pierwsze, odnosi się do gospodarczych i finansowych warunków danego wykonawcy, po drugie, upoważnia do skorzystania z możliwości gospodarczych i finansowych innego podmiotu, wreszcie po trzecie, jedynie w uzasadnionych wykonawca może skorzystać z wymienionych możliwości innego wykonawcy. Oznacza to, iż jakkolwiek ustawodawca unijny dostrzega potencjał wykonawcy nie tylko w aspekcie finansowym, ale również szerszym, a więc gospodarczym i co do zasady nie ogranicza uprawnienia do skorzystania z obu potencjałów podmiotu trzeciego, to co istotne, nakazuje badanie możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w



warunkach konkretnego zamówienia. Co więcej, w powołanej regulacji nie znajdujemy odwołania do sytuacji gospodarczej czy też finansowej, a do możliwości w tym przedmiocie, co pozwala na stwierdzenie, iż nie chodzi jedynie o wykazanie konkretnego stanu, w jakim znajduje się wykonawca, ale o możliwości wynikające z tej sytuacji, w postaci skorzystania (użycia) tego potencjału, co ma tym bardziej istotne znaczenie, jeśli idzie o potencjał podmiotu trzeciego.

Zatem, dokonując wykładni prounijnej przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy dojść do przekonania, iż ograniczenie możliwości skorzystania jedynie ze zdolności finansowych podmiotu trzeciego nie znajduje uzasadnienia i wymaga objęcia zakresem tego pojęcia również możliwości gospodarczych wykonawcy. Nie ulega zaś wątpliwości, iż w istocie w warunkach konkretnego zamówienia, częstokroć możliwe będzie jedynie odwołanie się do sytuacji finansowej podmiotu trzeciego.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy dojść do przekonania, że skoro w niniejszym zamówieniu Zamawiający pożądaną sytuację ekonomiczną, w której znajduje się przedsiębiorca, utożsamia z osiągnięciem przychodu netto na określonym poziomie, w zdefiniowanym przez Zamawiającego przedziale czasowym, to rodzi to po stronie wykonawcy obowiązek wykazania osiągnięcia konkretnych wskaźników ekonomicznych przez przedsiębiorcę. Nie ulega zaś wątpliwości, iż jest to wielkość ekonomiczna nierozzerwalnie związana z danym wykonawcą i charakteryzująca tylko i wyłącznie ten podmiot, a co za tym idzie „udostępnienie” tej wielkości przez podmiot trzeci nie miałoby charakteru realnego, bowiem wykonawca nie ma żadnej możliwości skorzystania z określonego obrazu sytuacji ekonomicznej innego podmiotu. Zatem, nie znajduje uzasadnienia, w warunkach niniejszego postępowania, skorzystanie z sytuacji ekonomicznej innego podmiotu, w odróżnieniu od sytuacji finansowej, którą Zamawiający łączy z możliwością realizacji zamówienia, w ujęciu finansowym (pieniężnym).

Warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do wykonania zamówienia. Ustawodawca unijny jakkolwiek nie czyni ograniczeń co rodzaju potencjału podmiotu trzeciego, z którego może skorzystać wykonawca, to jednak warunkuje to uprawnienie możliwością skorzystania z niego w warunkach konkretnego zamówienia. Nie chodzi bowiem o udostępnienie potencjału, które ma charakter fikcyjny, ale wykorzystanie tego potencjału w celu realizacji zamówienia. Zatem, jak trafnie ujął to ustawodawca polski, chodzi o skorzystanie z określonych zdolności (możliwości) podmiotu trzeciego. Zaś, badanie uprawnienia do skorzystania z określonych zdolności musi odbywać się z uwzględnieniem warunków konkretnego postępowania. Poza zakresem badania, na tym etapie postępowania, pozostaje trafność sformułowania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpisy od odwołań w wysokości 30.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....