

Sygn. akt: KIO 2931/13

WYROK
z dnia 8 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Emil Kuriata

Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 2573 w Zgierzu**

przy udziale **Konsorcjum: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża **STEKOP S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 2573 w Zgierzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Ochrona fizyczna wraz z monitoringiem realizowana przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne.*

W dniu 20 grudnia 2013 r. wykonawca STEKOP S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania dotyczącego części nr 7 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wykonaniu dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych, postawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie części 7 zamówienia warunek w zakresie dysponowania zasobami finansowymi i ekonomicznymi w postaci posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 600.000,00 zł oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 10.000.000,00 zł.

Odwołujący dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania zasobów ekonomicznych, przedłożył wraz z ofertą polisę OC wystawioną na Odwołującego na sumę gwarancyjną w wysokości 5.000.000,00 zł oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego - Poczta Polska Spółki Akcyjnej do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych - polisę ubezpieczeniową na sumę ubezpieczenia 5.000.000 zł.

Odwołujący podał, że w dniu 29 listopada 2013 r. został wezwany przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia. Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, dnia 4 grudnia 2013 r. przedłożył Zamawiającemu: oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy

i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowej, poświadczone notarialnie pełnomocnictwo wykazujące umocowanie od podpisania zobowiązania podmiotu trzeciego oraz polisę ubezpieczeniową podmiotu trzeciego.

Dnia 13 grudnia 2013 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą dla części 7 zamówienia została uznana oferta Konsorcjum: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Asekuracja Cash Handling sp. z o.o. oraz EKOTRADE sp. z o.o. Natomiast Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący załączając zobowiązanie podmiotu trzeciego i dokument potwierdzający fakt ubezpieczenia tego podmiotu, wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej sprecyzowanego przez Zamawiającego. Stwierdził również, że wykonawca na mocy zobowiązania nie spowodował objęcia ochroną ubezpieczeniową ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma być zawarta w rezultacie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, z wezwania z dnia 29 listopada 2013 r. do uzupełnienia dokumentów można wywnioskować, że Zamawiający przyjął, iż Odwołujący w ogóle nie może powoływać się na zdolności ekonomiczne innych podmiotów, a wynika to ze sformułowania zawartego w wezwaniu, o treści: *Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych. Ubezpieczenie OC potwierdza sytuację ekonomiczną wykonawcy.*

Odwołujący podniósł, że wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, przysługuje prawo powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Możliwość taką przewiduje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy mogą polegać na: wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych, niezależnie od stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest do udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący przyznał, że z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika bezpośrednio możliwość powoływania się na zasoby ekonomiczne innych podmiotów, niemniej podkreślił, że powyższy przepis został przyjęty jako środek implementujący

dyrektywę klasyczną Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), a zgodnie z art. 47 ust. 2 tej Dyrektywy: *Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.* Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że Dyrektywa nie ogranicza zakresu zasobów podmiotów trzecich, na jakie może się powoływać wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż wskazuje ogólnie na zdolności innych podmiotów.

Odwołujący podniósł, że państwo członkowskie Unii Europejskiej zobowiązane jest do implementacji dyrektyw, w sposób umożliwiający osiągnięcie ich celów oraz zapewnienie wszelkich środków pozwalających na wykonanie tego zobowiązania. Jedną z cech właściwej implementacji dyrektywy przez państwo jest jej kompletność. Analizując implementację art. 47 ust. 2 Dyrektywy w postaci wprowadzenia do prawa zamówień publicznych art. 26 ust. 2b, należy stwierdzić, że w tym zakresie postanowienia Dyrektywy nie zostały w pełni implementowane do krajowego porządku prawnego. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wprowadza ograniczenia co do rodzaju zasobów, jakimi może dysponować wykonawca, co nie znajduje uzasadnienia w treści Dyrektywy. Przyjęcie, że ustawodawca celowo zawęził możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego wyłącznie do sytuacji finansowej, pomijając sytuację ekonomiczną, stawiałoby pod znakiem zapytania prawidłowość wprowadzenia przepisów Dyrektywy do porządku krajowego państwa członkowskiego zobowiązanego do jego przestrzegania.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku dokonania przez państwo członkowskie implementacji dyrektywy niekompletnie bądź sprzecznie z jej celami, sądy krajowe, w ramach swojej właściwości zobowiązane są do dokonywania wykładni przepisów prawa krajowego zgodnie z treścią i celem dyrektywy. Powyższe zostało potwierdzone wielokrotnie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 wskazał: *Należy jednak sprecyzować, że wynikające z dyrektywy zobowiązanie państw członkowskich do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, jak również nałożony w art. 5 traktatu obowiązek podejmowania wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania, to powinność wszystkich organów państw członkowskich, w tym także, w ramach ich właściwości, sądów. Wynika z tego, że stosując prawo wewnętrzne, a w szczególności przepisy prawa krajowego wprowadzone w celu wykonania dyrektywy (...)*

sądy krajowe są zobowiązane do wykładni prawa krajowego zgodnie z treścią i celem dyrektywy, w celu osiągnięcia rezultatu, o którym mowa w art. 189 akapit trzeci. Z kolei w wyroku z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Trybunał wskazał, że stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po dyrektywie, sąd krajowy wezwany do przeprowadzenia ich wykładni zobowiązany jest zrobić to, w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 189 akapit trzeci Traktatu.

Odwołujący podniósł, że obowiązek prawidłowej wykładni dyrektywy dotyczy wszystkich organów państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie ich kompetencji, a co za tym idzie również Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11; KIO 2260/11; KIO 2280/11 wskazała, że przy interpretacji prawa krajowego należy uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, zatem przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winien podlegać tzw. wykładni pronunijnej.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, pod pojęciem zdolności finansowych wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy rozumieć zdolności dotyczące zarówno sytuacji finansowej, jak i ekonomicznej wedle art. 22 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych. Zarówno w Dyrektywie, jak i w przepisach krajowych (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako Rozporządzenie), sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawców jest traktowana łącznie i nie ma rozróżnienia, które z dokumentów, których może żądać zamawiający, dotyczą sytuacji finansowej, a które ekonomicznej. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp powinien podlegać wykładni pronunijnej, co oznacza konieczność przyjęcia, że przez zdolności finansowe należy rozumieć zdolności dotyczące zarówno sytuacji finansowej, jak i ekonomicznej.

Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający w SIWZ posługiwał się pojęciem *zdolności finansowej i ekonomicznej*, wskazując, że żąda złożenia wymienionych dokumentów, w celu wykazania warunków dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej (łącznie). W związku z powyższym, Zamawiający błędnie przyjął, że wykonawca nie może polegać na zdolnościach ekonomicznych innych podmiotów na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem V pkt 2 i 3 SIWZ, wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne

zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4 SIWZ. (sytuacja ekonomiczna i finansowa), iż polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający wymaga przedłożenia informacji, o której mowa w pkt 1 ppkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2. dotyczącej tych podmiotów. Zdaniem Odwołującego, z powyższych postanowień SIWZ wynika, że pod pojęciem zdolności finansowej należy rozumieć zarówno zdolności finansowe, jak ekonomiczne, gdyż w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4 Zamawiający posługuje się pojęciem „sytuacji ekonomicznej i finansowej” (łącznie), Zamawiający dopuszczał możliwość powoływania się na zasoby ekonomiczne innych podmiotów, gdyż wskazał, że w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby finansowe (czyli także ekonomiczne), wymaga przedłożenia przez wykonawcę informacji, o której mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.2., czyli polisy OC, a posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest niewątpliwie zaliczane do zdolności ekonomicznych wykonawcy, w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby finansowe innych podmiotów Zamawiający żądał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego oraz dokumentów potwierdzających zdolność kredytową tego podmiotu (Rozdział V pkt 1 ppkt 1.4.1), a w przypadku powoływania się na zasoby ekonomiczne wymagał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego oraz dokumentu potwierdzającego posiadanie przez ten podmiot ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (Rozdział V pkt 1 ppkt. 1.4.2.).

Odwołujący do złożonej oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji „niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowej (polisa ubezpieczeniowa na sumę ubezpieczenia 5.000.000 zł na jedno i na wszystkie zadania) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto Odwołujący załączył do oferty Policę ubezpieczeniową podmiotu trzeciego - Poczty Polskiej S.A. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący nie przedłożył wymaganych przez niego dokumentów. Wykonawca postępując w zaufaniu, że Zamawiający dokona oceny i badania złożonych ofert zgodnie z postanowieniami SIWZ, złożył dokumenty, których żądał Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający mógł przecież żądać przedłożenia innych dokumentów umożliwiających dokonanie weryfikacji zdolności do należytego wykonania udzielonego zamówienia od wykonawcy powołującego się na zasoby podmiotu trzeciego. Taką możliwość daje Zamawiającemu przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, który to przepis jednocześnie nie wymienia, jakich dokumentów można żądać, a zakres treści został wskazany w rozporządzeniu jedynie

przykładowo. Zamawiający miał więc dużą swobodę w określeniu dokumentów, za pomocą których wykonawca wykaże, że będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Jednak jak wynika z zapisów SIWZ, Zamawiający uznał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz dokument potwierdzający posiadanie przez ten podmiot ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, są wystarczające na potwierdzenie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznych.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający nie skonkretyzował wymagań co do dokumentu/oświadczenia, jakie mają złożyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to nie mogą oni ponosić negatywnych konsekwencji czynności Zamawiającego. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający również wskazał, że wzywa Odwołującego jedynie do uzupełnienia oferty o polisę OC (która została wcześniej załączona do oferty), co Odwołujący uczynił.

Zdaniem Odwołującego, przedkładając dokumenty, których żądał Zamawiający w przypadku powoływania się na zdolności finansowe podmiotu trzeciego, wykazał on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonych oświadczeń i dokumentów, mógł wezwać Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie zastosował jednak tej procedury.

Odwołujący podkreślił, że podmiot trzeci udostępniający zasoby Odwołującemu, oprócz zdolności ekonomicznych, udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia. Zgodnie z zobowiązaniem podmiotu trzeciego: *Wykorzystanie udostępnianych przez nas zasobów wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowej obejmować będzie pomoc w organizacji usługi, szkolenie kadry kierowniczej, doradztwo przy realizacji zamówienia zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową. Wykorzystanie udostępnianych przez nas zasobów będzie polegało także na udziale naszych pracowników w wykonaniu zamówienia. Warunki współpracy określone zostaną w odrębnie zawartej w tym celu umowie, której okres obowiązywania będzie pokrywał się z okresem realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* Jak wynika z powyższego, w przypadku udzielenia przedmiotowego zamówienia Odwołującemu, podmiot trzeci zawrze z Odwołującym umowę o współpracy. Podmiot trzeci udostępni między innymi osoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Ponadto wolą stron umowy, która miałaby być zawarta, jest aby podmiot trzeci - Poczta Polska S.A., zobowiązał się do ponoszenia solidarnej (z Odwołującym) odpowiedzialności za wykonanie zamówienia.

Należy wskazać, że w przypadku przejęcia przed podmiot trzeci solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia, cel, jakiemu ma służyć ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, zostanie zrealizowany. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, badanie sytuacji ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego służy zweryfikowaniu jego wypłacalności na wypadek konieczności zaspokojenia ewentualnych roszczeń majątkowych z tytułu odpowiedzialności kontraktowej lub deliktowej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 47 ust. 2 Dyrektywy, wykonawca może powoływać się na zasoby innych podmiotów *w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia*. W analizowanym stanie faktycznym taka stosowna sytuacja ma miejsce, gdyż stosunek, który będzie łączył Odwołującego i podmiot trzeci udostępniający zasoby, zapewnia zabezpieczenie ewentualnych roszczeń majątkowych z tytułu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej, zarówno z ubezpieczenia Odwołującego, jak i ubezpieczenia podmiotu trzeciego. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, udowodnił on Zamawiającemu, przedstawiając wymagane dokumenty, iż w całym okresie realizacji zamówienia będzie rzeczywiście dysponował udostępnionym mu przez Poczta Polska S.A. zasobem w postaci zdolności ekonomicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 7 zamówienia oraz powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., Ekotrade Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1.4 SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, Zamawiający - w zakresie pakietu nr 7 - wymagał wykazania, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 600.000,00 zł oraz że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia na jedno i wszystkie zdarzenia nie niższą niż 10.000.000 zł. W celu wykazania spełniania powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej

potwierdzającą wymaganą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową oraz opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia na wymaganą kwotę.

Odwołujący załączył do oferty polisę nr 35814914 wraz z aneksami, potwierdzające ubezpieczenie OC na kwotę 5.000.000 zł. Ponadto Odwołujący złożył polisę nr OD-242013 potwierdzającą ubezpieczenie Poczty Polskiej S.A. na sumę 5.000.000 zł oraz zobowiązanie ww. podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów m.in. w postaci zdolności finansowej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W treści zobowiązania wskazano, że wykorzystanie udostępnianych zasobów (wiedzy i doświadczenia, osób oraz zdolności finansowej) obejmować będzie pomoc w organizacji usługi, szkolenie kadry kierowniczej, doradztwo przy realizacji zamówienia oraz udziale pracowników Poczty Polskiej w wykonywaniu zamówienia. Warunki współpracy określone zostaną w odrębnie zawartej w tym celu umowie, której okres obowiązywania będzie pokrywał się z okresem realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 29 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że załączona do oferty polisa na sumę gwarancyjną 5.000.000 zł nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dla części dotyczącej pakietu 7, gdzie wymagano polisy na sumę gwarancyjną 10.000.000 zł. Zamawiający podał, że wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznych, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych, natomiast ubezpieczenie OC potwierdza sytuację ekonomiczną wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwane Odwołujący przedłożył oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego - Poczty Polskiej S.A. (o treści tożsamej do dokumentu załączonego do oferty) do udostępnienia potencjału w zakresie zdolności finansowych w postaci Policy OC na sumę gwarancyjną 5.000.000 zł, która łącznie z posiadaną przez Odwołującego polisą daje wymaganą sumę 10.000.000 zł. Wykonawca przedstawił również poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię polisy OC Poczty Polskiej S.A. (tej samej, która została załączona do oferty) wraz z dowodem jej opłacenia oraz poświadczony notarialnie pełnomocnictwa upoważniające do działania w imieniu ww. podmiotu.

W dniu 13 grudnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym wykluczeniu Odwołującego - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - z postępowania dotyczącego pakietu nr 7. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawca złożył własną polisę OC na kwotę 5.000.000 zł oraz polisę podmiotu trzeciego na tę samą sumę, czym nie potwierdził spełniania warunku. Zamawiający przytoczył orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 2227/11, w którym stwierdzono m.in., że nie można przyjąć samo zobowiązanie do oddania do dyspozycji ubezpieczenia OC powoduje objęcie ochroną ubezpieczeniową ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny, istota sporu sprowadza się do interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, nie wymieniając wprost zdolności ekonomicznej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że takie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem zdolności ekonomicznej nie odpowiada treści Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w wyniku wdrożenia której wprowadzono przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (m.in. wyrok z 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba wskazała, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić z uwzględnieniem art. 47 Dyrektywy, która nie ogranicza możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich do jednej ze zdolności, a więc sytuacji ekonomicznej lub sytuacji

finansowej, ale odnosząc się jednoznacznie do sytuacji ekonomicznej i finansowej, dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych sytuacji (zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej).

Skład orzekający podziela stanowisko o konieczności dokonania prounijnej wykładni przepisów krajowych, do której zobowiązane są organy państw członkowskich Unii Europejskiej, a która - w przypadku art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - nie pozwala zaprzeczyć możliwości polegania przez wykonawcę na potencjale ekonomicznym innych podmiotów. Tym niemniej, dokonanie interpretacji przepisu w duchu prounijnym, na co powoływał się Odwołujący, nie oznacza przyzwolenia na bezkrytyczne uznanie za wykazany stawianego warunku udziału w postępowaniu, w każdej sytuacji, gdy tylko wykonawca złoży zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiedniego zasobu.

Przepisy Dyrektywy „klasycznej” ograniczają możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego do *stosownych sytuacji*. Zgodnie z regulacją zawartą w Dyrektywie, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. poprzez przedstawienie w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13), pośrednio pewną wytyczną, jak rozumieć owe *stosowne sytuacje* może być brzmienie Dyrektywy klasycznej, w części traktującej o możliwości uczynienia w ramach porządków krajowych oficjalnych wykazów wykonawców: *Niniejsza dyrektywa pozwala Państwom Członkowskim na ustanowienie oficjalnego wykazu przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców, lub też systemu certyfikacji przez instytucje publiczne lub prywatne oraz wpływu takiego wpisu lub certyfikatu na procedurę udzielania zamówień w innym Państwie Członkowskim. W odniesieniu do oficjalnych wykazów zatwierdzonych wykonawców istotne staje się uwzględnienie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w przypadkach gdy wykonawca należący do grupy powołuje się na ekonomiczne, finansowe lub techniczne kwalifikacje pozostałych przedsiębiorstw należących do grupy na poparcie swojego wniosku o rejestrację. W tym przypadku zadaniem takiego wykonawcy jest udowodnienie, że wspomniane przez niego zasoby będą dla niego faktycznie dostępne przez cały okres ważności wpisu rejestracyjnego. Do celów takiej rejestracji Państwa Członkowskie mogą zatem określić poziom wymagań, które powinny zostać spełnione w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca powołuje się na sytuację finansową innego przedsiębiorstwa należącego do grupy, państwo to może*

wymagać, aby przedsiębiorstwo takie solidarnie ponosiło odpowiedzialność, jeśli okaże się to konieczne (pkt 45). Obejmują one zatem różnego rodzaju powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami, funkcjonowanie w ramach pewnego organizmu gospodarczego, w warunkach określonej więzi, która pozwala na uznanie, że wykonawca nie posiadając samodzielnie pewnych walorów, może się nimi posługiwać, jeśli należą do podmiotu trzeciego; gdy przekazane zasoby będą dla niego faktycznie dostępne.

W świetle powyższych rozważań należy wyrazić pogląd, że na gruncie prawa polskiego interpretowanego zgodnie z przepisami unijnymi co do zasady nie można zanegować dopuszczalności posiłkowania się potencjałem ekonomicznym innych podmiotów, z tym jednak istotnym zastrzeżeniem, że będzie miało ono charakter realny, dający podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. W praktyce jednak, ze względu na charakter potencjału ekonomicznego oraz regulacje prawne dotyczące ubezpieczeń cywilnych, sytuacje, w których udostępnienie potencjału ekonomicznego będzie mogło być realne, o ile mogą wystąpić, to należeć będą do wyjątkowych, opartych na szczególnych okolicznościach pozwalających na rzeczywiste udzielenie wsparcia wykonawcy swoją sytuacją ekonomiczną przez inny podmiot.

Tak więc Izba nie kwestionuje stanowiska Odwołującego o obowiązku dokonywania pronunijnej wykładni przepisów krajowych w sytuacji, gdy postanowienia Dyrektywy nie zostały w pełni implementowane do krajowego porządku prawnego, co jednak samo w sobie nie prowadzi do wniosku, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem uznać, że w świetle Dyrektywy istnieje obowiązek niczym nieograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolności innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością ekonomiczną jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału, dając możliwość udziału w postępowaniu takim wykonawcom, którzy nie spełniają wymogów zamawiającego i nie uzyskali realnego wsparcia od podmiotu trzeciego, a jedynie składają należący do tego podmiotu dokument oraz oświadczenie, o którym nie wiadomo, jak w praktyce mogłoby zostać zrealizowane (taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 28 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1535/11).

W niniejszej sprawie, stosując wykładnię prounijną, tj. abstrahując od wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ograniczenia możliwości powoływania się na sytuację innych podmiotów do sytuacji finansowej i pominięcia w tym przepisie sytuacji ekonomicznej oraz przyjmując wprost regulację art. 47 Dyrektywy klasycznej, nie można stwierdzić, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie którego Zamawiający żądał złożenia polisy ubezpieczenia OC na kwotę 10.000.000 zł. W przedmiotowej sprawie nie występują żadne szczególne uwarunkowania, które choćby uprawdopodobniały rzeczywistość udostępnienia potencjału ekonomicznego. Przeciwnie, poleganie na tym potencjale ograniczone zostało do sfery czysto formalnej, tj. przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego i jego polisy ubezpieczeniowej.

Nie można przyjąć, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku tylko dlatego, że przedłożył polisę ubezpieczenia OC innego podmiotu i zobowiązanie, z którego nie wynika, że zdolność ekonomiczna w jakikolwiek sposób w praktyce zostanie rzeczywiście udostępniona. Wskazany w treści zobowiązania sposób udostępnienia zasobów (szkolenie, doradztwo, udostępnienie pracowników) z natury rzeczy może dotyczyć takich zasobów jak wiedza i doświadczenie czy potencjał kadrowy, nie jest natomiast adekwatny do przekazania potencjału ekonomicznego.

Polisa OC ma dotyczyć sytuacji wykonawcy i jeśli jest to ubezpieczenie zawarte przez inny podmiot i na jego rzecz, to nie wystarczy samo złożenie dokumentu polisy, aby w jakikolwiek sposób sytuacja ekonomiczna wykonawcy, który samodzielnie warunkiem udziału w postępowaniu nie spełnia, uległa zmianie. Ani zobowiązanie podmiotu trzeciego, ani stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie w żaden sposób nie potwierdzają, że poprzez udostępnienie polisy OC w celu jej przedłożenia Zamawiającemu, nastąpiło jakiegokolwiek wsparcie ekonomiczne wykonawcy przez podmiot trzeci. Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób miałyby zostać objęte ochroną ubezpieczeniową na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez inny podmiot, nie wykazał żadnej łączącej go z ubezpieczycielem więzi prawnej, która gwarantowałaby możliwość skorzystania z ubezpieczenia za zdarzenia wywołane działaniem lub zaniechaniem Odwołującego.

Zauważyć również należy, że w niniejszej sprawie nie występują żadne powiązanie kapitałowe czy organizacyjne między Odwołującym a podmiotem udostępniającym zasoby, które mogłyby ewentualnie uprawdopodobnić (choć z pewnością nie przesądzić) rzeczywisty charakter tego udostępnienia.

Umowa między Odwołującym a podmiotem udostępniającym swój potencjał (Poczta Polska), która zgodnie z treścią zobowiązania ma być zawarta w przyszłości (a według oświadczenia złożonego przez Odwołującego podczas rozprawy - została zawarta po

złożeniu oferty) niezależnie od jej treści nie może wywołać żadnych skutków w sferze odpowiedzialności ubezpieczyciela. Co więcej, treść umowy ubezpieczenia wprost wyłącza odpowiedzialność za działania innych podmiotów niż ubezpieczony i jego pracownicy. W żaden sposób nie zmienia tego okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, tj. ewentualne umowne przyjęcie przez podmiot udostępniający swój potencjał solidarnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego (o ile w ogóle można mówić o powstaniu zobowiązania solidarnego na skutek czynności prawnej dokonanej między dłużnikiem a osobą trzecią, tj. innej czynności prawnej niż będąca źródłem zobowiązania między wykonawcą a Zamawiającym i dokonanej bez udziału Zamawiającego - wierzyciela).

Trudno więc w tej sytuacji mówić o takim realnym uzyskaniu tego zasobu, czy też *stosownej sytuacji*, o której traktuje przywołana Dyrektywa, gdyż nie sposób uchwycić roli podmiotu trzeciego w zapewnieniu odpowiedniej sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Nie sposób też dopatrzeć się, nawet przy najbardziej przychylniej interpretacji analizowanego stanu faktycznego, takich okoliczności, które pozwalałyby na uznanie, że wykonawca, posługując się wartością z zasady niepodlegającą przenoszeniu i przypisaną do danego podmiotu, jaką jest zdolność ekonomiczna, na podstawie złożonego zobowiązania wyrażającego w sposób ogólny bliżej nieokreśloną relację między podmiotami, mógł się posłużyć tym walorem należącym do podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący ani w ofercie, ani na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie przedstawił dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 było zasadne.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....