

Sygn. akt KIO/1754/10

**WYROK**  
**z dnia 27 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Renata Tubisz**

**Członkowie:** **Justyna Tomkowska**  
**Marek Szafraniec**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **odwołującego** Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 A, 01-531 Warszawa

od czynności **zamawiającego** Skarb Państwa Muzeum Śląskie Al. W. Korfańskiego 3, 40-005 Katowice,

przy udziale **przystępującego** po stronie zamawiającego Konsorcjum wykonawców: Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-400 Warszawa ( Pełnomocnik), Ferrovial Agroman, Campo de las Naciones, Ribera de Loira 42, 28042 Madryt, Hiszpania

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 A, 01-531 Warszawa i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości  
**20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu  
uiszczonego przez Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Wybrzeże Gdyńskie 6  
A, 01-531 Warszawa;

Stosownie do art. 198 b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Odwołanie zostało złożone pismem z dnia 16 sierpnia 2010 r., na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych ( j.t. Dz.U.2010r. Nr 113.poz. 759) zwanej dalej „**PZP**”.

Przedmiotem zaskarżenia są czynności Zamawiającego, polegające na ocenie wniosków złożonych w postępowaniu, w zakresie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie zaproszenie Odwołującego do składania oferty.

Odwołujący twierdzi, że gdyby nie został wykluczony z postępowania znalazłby się w gronie 5 wykonawców z najwyższą liczbą punktów i zostałby zaproszony do składania ofert.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 2b PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru i zaproszenia wykonawców do składania ofert;
- 2) powtórzenia czynności oceny spełnienia przez wykonawców warunków do udziału w postępowaniu i w jej następstwie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, który do jego potencjału ekonomicznego nie zaliczył rachunku zysków i strat spółki pod firmą PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT z siedzibą w Wiedniu, Austria, za lata 2009, 2008 i 2007 wraz z oświadczeniem osób upoważnionych do reprezentacji tej spółki, że w przypadku udzielenia przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego zlecenia na realizację zamówienia i podpisania umowy, PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT zobowiązuje się udostępnić Odwołującemu swoją zdolność ekonomiczną to jest osiągnięcia w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych rocznych obrotów netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 200 milionów zł. w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, na cały okres jego realizacji.

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

Odwołujący przedstawił obszernie uzasadnienie prawne wskazujące na obowiązek Zamawiającego zaliczenia do jego potencjału ekonomicznego zdolności ekonomicznej przedstawionej przez PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT z siedzibą w Wiedniu, Austria, za lata 2009, 2008 i 2007.

W szczególności Odwołujący podniósł:

Zgodnie z interpretacją dokonaną przez Zamawiającego, przepis art. 26 ust. 2b PZP nie obejmuje warunku potencjału ekonomicznego i w tym zakresie zamawiający może wymagać wykazania spełnienia powyższego warunku bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

W ocenie Odwołującego taka wykładnia jest błędna, albowiem opiera się jedynie na czysto literalnej wykładni powołanego przepisu i nie uwzględnia celu wprowadzenia do PZP artykułu 26 ust. 2b, jakim była implementacja do polskiego porządku prawnego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi zwanej dalej „**Dyrektywą**”.

Odwołujący podkreślił, iż przepis art. 47 ust. 2 Dyrektywy określając zasady dokumentowania przez wykonawcę sytuacji ekonomicznej i finansowej, nie różnicuje warunków ekonomicznych i finansowych i daje wykonawcom możliwość posłużenia się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu warunków to jest ekonomicznego i finansowego.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawniej art. 249 ust. 3 TWE), dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty. Skoro więc celem Dyrektywy było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia poprzez zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania z potencjału ekonomicznego podmiotów trzecich, to uznać należy, iż implementacja przepisów Dyrektywy do PZP nie zapewniająca wykonawcom tego uprawnienia przeprowadzona została w sposób niepełny, a wadliwie implementowany przepis bezpodstawnie ogranicza uprawnienie wykonawcy do odwołania się do zasobów innych podmiotów.

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

Pominięcie przez polskiego ustawodawcę w treści art. 26 ust. 2b PZP możliwości powołania się przez wykonawcę na zdolności ekonomiczne innego podmiotu należy więc rozpatrywać w kontekście błędu legislacyjnego, a nie ratio legis przepisu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS, w sytuacji wadliwej lub niepełnej implementacji dyrektywy do porządku krajowego zachodzi konieczność takiej jego wykładni aby uwzględniała ona rezultat określony w dyrektywie (tzw. prowsólnotowa, a od czasu wejścia w życie traktatu lizbońskiego, prounijna wykładnia przepisów), a podejmowanie wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania, to powinność wszystkich organów Państw Członkowskich stosujących prawo. Prounijna wykładnia prawa (obok zasady pierwszeństwa i skutku bezpośredniego) stanowi jeden z instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w Państwach Członkowskich.

„(...) wynikające z dyrektywy zobowiązanie państw członkowskich do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, jak również nałożony w art. 5 traktatu (obecnie w art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej) 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 76/207, 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 (obecnie art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

Odwołujący wskazał również, że powyższy pogląd jest także powszechnie prezentowany w orzecznictwie krajowym, w którym wskazuje się, iż:

1) organy krajowe stosujące prawo powinny domniemywać zamiar państwa dokonującego implementacji co do pełnego wykonania zobowiązań wynikających z dyrektywy, z czym wiąże się obowiązek interpretowania prawa krajowego tak dalece, jak to możliwe w świetle tekstu i celu dyrektywy:

„Budując wspólny system prawny, państwa członkowskie obowiązane są do dostosowania przepisów prawa krajowego do norm wspólnotowych. Istotną częścią prawa unijnego są dyrektywy, które zgodnie z art. 249 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską są wiążące dla państw członkowskich, do których są skierowane pod względem celów lub rezultatów, jakie mają być przez nie osiągnięte, dają jednak państwom członkowskim możliwość wyboru formy i środka służącego do osiągnięcia tych celów - efektywności norm wspólnotowych. Państwo członkowskie realizuje treść dyrektywy przez jej transpozycję do

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

wewnętrznego porządku prawnego, tj. wydanie przez krajowego ustawodawcę aktu normatywnego skutkującego erga omnes. Środki implementacji winny być tak dobrane, aby zapewnić normom dyrektywy pełną efektywność. Sądy krajowe powinny domniemywać zamiar państwa dokonującego implementacji co do pełnego wykonania zobowiązań wynikających z dyrektywy, z czym wiąże się obowiązek interpretowania prawa krajowego tak dalece, jak to możliwe w świetle tekstu i celu dyrektywy (por. Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego pod red. D. Kornobis-Romanowskiej (...).)”

2) proeuropejska wykładnia prawa znajduje zastosowanie w przypadku braku pełnej implementacji przepisów prawa wspólnotowego:

„Proeuropejska wykładnia prawa znajduje m.in. zastosowanie, gdy przepisy prawa wspólnotowego nie zostały w pełni włączone do polskiego porządku prawnego. Wykładnia prawspolnotowa powinna być dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie – Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010r. , I S.A./Wr1637/09, LEX 570 107.

3) sądy krajowe zobowiązane są wyklądać prawo krajowe w sposób zorientowany na dyrektywę:

Jednakże, sądy krajowe zobowiązane są wyklądać prawo krajowe w sposób zorientowany na dyrektywę, gdy przepisy prawa krajowego wprowadzają, celem implementacji dyrektywy, instytucje lub sformułowania zaczerpnięte z dyrektywy. Wykładnia takich przepisów musi być bowiem jednolita we wszystkich państwach członkowskich, w przeciwnym razie cel w postaci harmonizacji prawa poszczególnych państw członkowskich nie zostanie osiągnięty.- Uchwała SN z dnia 19 listopada 2008r. IPZP4/08 .LEX 465 384

4) prounijna wykładnia jest instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego:

„Orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego pochodzące jeszcze sprzed przystąpienia Polski do Unii Europejskiej (np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 stycznia 2003 r., K 2/02 OTK-A 2003 nr 1, poz. 4), wskazuje bowiem, że prawspolnotowa wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, dlatego od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (co wynika z art. 5 Traktatu Rzymskiego), a ponadto uznaje się powinność wykorzystania prawa europejskiego jako wzorca przy interpretacji prawa wewnętrznego (por. wyrok ETS z 13

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

listopada 1990 r., C-106/89, w sprawie Marleasing SA przeciwko La Commercial International de Alimentation SA, ECR1990, s. 1-4135).

Ponadto, jak słusznie podkreśla sędzia NSA Krystyna Anna Stec, wdrożenie dyrektyw do wewnętrznego porządku prawnego polega nie tylko na wydaniu odpowiedniego aktu krajowego, ale odbywać musi się też na poziomie praktyki. Implementacja w szerokim sensie obejmuje bowiem nie tylko działania stricte legislacyjne, lecz również wszelkie inne czynności mające na celu skuteczne stosowanie norm prawa wspólnotowego zawartych w dyrektywach. Instrumentem służącym zapewnieniu tego rodzaju skuteczności dyrektyw wspólnotowych jest m.in. prowspólnotowa interpretacja regulacji krajowych. Obowiązek transpozycji dyrektywy dotyczy wszystkich organów władzy publicznej w Państwach Członkowskich UE w zakresie ich kompetencji.

Zasada zgodnej z prawem unijnym wykładni prawa krajowego stanowi jeden z najistotniejszych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa UE. Naruszenie tej zasady może skutkować wszczęciem przeciwko państwu postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego lub prywatnej skargi odszkodowawczej skierowanej przeciwko Skarbowi Państwa.

Stosowanie wykładni pro unijnej powoduje często odejście od powszechnie przyjętej metody wykładni prawa krajowego i może prowadzić do nadania pojęciu używanemu w prawie krajowym nowego znaczenia, odbiegającego od dotychczasowego, (np. wspólnotowe rozumienie pojęcia pracownik, konsument).

Konkludując Odwołujący stwierdził następująco.

Mając na uwadze przytoczone zasady wykładni prounijnej przepisów krajowych, a w szczególności konieczność osiągnięcia rezultatu zakładanego przez Dyrektywę, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b PZP, iż „wykonawca może polegać na [...] zdolnościach finansowych innych podmiotów” należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej jak i sytuacji finansowej wykonawcy .

W tej sytuacji należy uznać, iż Zamawiający, nie zaliczając do punktacji PORR rocznych obrotów spółki PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT, pomimo przedstawienia przez PORR wymaganych prawem dokumentów, dopuścił się w trakcie oceny Wniosku PORR naruszenia art. 26 ust. 2b PZP (interpretowanego z uwzględnieniem celu Dyrektywy) poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie.

Mając na uwadze powyższe, konieczne jest więc dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny złożonych przez wykonawców wniosków i w jej następstwie zaproszenie do kolejnego etapu postępowania tych wykonawców, którzy złożyli 5 najwyżej punktowanych wniosków.

Z powyższych względów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

## **Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10**

Pismem z dnia 19 sierpnia 2010r. zgłoszono przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący otrzymał zaproszenie do złożenia oferty skierowane, w wyniku zakwalifikowania go przez Zamawiającego na 5 pozycji, do 5 wykonawców z najwyższą liczbą punktów.

Tak więc uwzględnienie odwołania skutkowałoby faktycznym wykluczeniem Przystępującego z przetargu, ponieważ szósta pozycja nie uprawnia do złożenia oferty w przetargu.

W uzasadnieniu przystąpienia przedstawiono następującą argumentację.

Wykładnia prounijna, jak każda wykładnia normy prawnej, musi być wykładnią zakładającą racjonalność prawodawcy i stanowionych przez niego norm.

Prawidłowo normę tą zaimplementował polski ustawodawca w art. 26 ust. 2b PZP, stanowiąc, że wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych innych podmiotów.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2010 r. Odwołujący złożył odpowiedź na przystąpienie.

Istotnym więc w niniejszej sprawie jest fakt, iż składającym oświadczenie o udostępnieniu PORR zasobów ekonomicznych jest spółka, która posiada 100% akcji w kapitale zakładowym PORR, a zatem jej spółka matka. Wiarygodność i zdolność wykonania zamówienia przez PORR wspiera dodatkowo potencjał ekonomiczny całej Grupy PORR (jednej z największych grup budowlanych w Austrii, istniejącej i działającej nieprzerwanie od ponad 120 lat, posiadającej silną pozycję na rynkach międzynarodowych i prowadzącej działalność także w Bułgarii, Bośni i Hercegowinie, Czechach, Szwajcarii, Niemczech, Francji, na Węgrzech, w Chorwacji, Litwie, Czarnogórze, Rumunii, Serbii, Słowenii, Słowacji i na Ukrainie). PORR, przedstawiając oświadczenie i wyniki finansowe swej spółki matki udowodnił więc, iż będzie dysponował potencjałem ekonomicznym niezbędnym do wykonania zamówienia.

Konsorcjum Budimex, wskazując na konieczność faktycznego zaangażowania finansowego w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego swoje zasoby ekonomiczne, zdaje się mylić potencjał ekonomiczny z potencjałem finansowym (a więc możliwością dysponowania określonymi środkami lub zdolnością kredytową). W niniejszej sprawie jest to rozróżnienie kluczowe.

---

**Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.**

**Izba ustaliła co następuje.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2010/S 87-130115 w dniu 5.05.2010 r.



## **Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i dotyczy robót budowlanych pn. „Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach”.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania.

Podniósł, że w związku z czynnością Zamawiającego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 51 ust. 2 zdanie drugie PZP jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami zająłby 5 miejsce czyli znalazł by się w gronie 5 wykonawców z najwyższą liczbą punktów, przewidzianych do zaproszenia do składania ofert, gdyby Zamawiający zaliczył przy przyznawaniu punktacji złożone dokumenty na potwierdzenie zdolności ekonomicznej.

Odwołujący wskutek nie zaproszenia do złożenia oferty, poniesie szkodę, albowiem zostanie pozbawiony możliwości złożenia oferty, uzyskania zamówienia i zawarcia umowy, która przyniosłaby Odwołującemu spodziewany przychód.

Taka też motywacja, w zakresie interesu do zaskarżenia czynności Zamawiającego to jest wykluczenia z postępowania Odwołującego, zamieszczona została w odwołaniu.

Powyższe uzasadnienie interesu do wniesienia odwołania nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego, ani Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

Tym samym Izba uznała przedstawioną argumentację w odwołaniu, na okoliczność interesu, za przyznaną oraz zgodną z przedłożoną dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby powyższy stan faktyczny wyczerpuje przesłanki z art.179 ust.1 PZP wskazujące na uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

Reasumując Izba stwierdza, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania.

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

Kolejno Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 12 lipca 2010 r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dniu 3 sierpnia 2010 r. wniosek uzupełnił na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający zgodnie z treścią Ogłoszenia ( Sekcja IV: Procedura IV.1.2. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału), przewidywał ograniczoną liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Przewidywano liczbę pięciu wykonawców, w oparciu o dokonaną ocenę punktową otrzymanych wniosków, na podstawie podanych kryteriów i wniosków, które otrzymają najwyższą ilość punktów. Przewidywano dwa warunki, które podlegały ocenie punktowej:

1. Pierwszy warunek - wiedza i doświadczenie o znaczeniu 70 procent. Zamawiający za każdą następną, poza dwoma robotami, wykazaną robotę budowlaną wykonaną w ostatnich pięciu latach przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną, dotyczącą budowy budynków użyteczności publicznej, według definicji Zamawiającego, o wartości netto minimum 200 milionów zł każda, przyzna 5 punktów. Przy czym Zamawiający maksymalnie przyzna 50 punktów.

2. Drugi warunek – potencjał ekonomiczny o znaczeniu 30 procent. Zamawiający za każde wykazane kolejne, poza wymaganymi 200 milionami zł rocznego obrotu netto ze sprzedaży w każdym z ostatnich 3 lat, 100 milionów rocznego obrotu netto ze sprzedaży w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, przyzna 10 punktów. Przy czym Zamawiający maksymalnie przyzna 50 punktów. Zamawiający dokona oceny punktowej tych wniosków, które zostały złożone przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu i które nie zostały odrzucone.

Ocena punktowa wniosku została dokonana przez Zamawiającego według następującego wzoru - liczba przyznanych punktów za Pierwszy warunek x 70 % plus liczba przyznanych punktów za Drugi warunek x 30 %.

W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców będzie posiadać taką samą ilość punktów, Zamawiający miał zakwalifikować do złożenia oferty Wykonawcę, który posiada większą ilość punktów w zakresie Pierwszego warunku - wiedza i doświadczenie.

Pozostałe warunki udziału w postępowaniu, wymienione w pkt III. 2. Ogłoszenia, Zamawiający nie uwzględnił przy kwalifikowaniu wykonawców do składania ofert.

Powyższe zasady wyłonienia ograniczonej liczby wykonawców do składania ofert nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego.

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

Przedmiotem sporu objęte były zasady opisane w Ogłoszeniu w Sekcji III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym III.2.2) zdolność ekonomiczna i finansowa. W tej części Ogłoszenia Zamawiający przewidział obowiązek złożenia następujących dokumentów: 1) część sprawozdania finansowego – rachunek zysków i strat za okres ostatnich trzech lat obrotowych. 2) Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo -kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. Jeżeli wykonawca spełniając warunek polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, wykonawca zobligowany jest do przedłożenia informacji określonej w tym punkcie dla tego podmiotu. 3) Opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustalono minimalny poziom wymaganych standardów: 1) roczne obroty netto ze sprzedaży co najmniej 200 mln. rocznie, 2) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej co najmniej w wysokości 20 mln. zł., 3) opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej o wartości co najmniej 20 mln. zł.

Reasumując opisane powyżej minimalne warunki udziału w postępowaniu oraz zasady punktacji wyboru 5 wykonawców, którzy mieli być zaproszeniu do składania ofert, ocenie punktowej podlegały tylko spełnione warunki: techniczny (wykazane roboty budowlane) i ekonomiczny (wykazane roczne obroty ze sprzedaży netto). Natomiast pozostałe spełnione warunki nie podlegały ocenie (środki finansowe lub zdolność kredytowa oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej).

Z punktowanych warunków spełnienia udziału w postępowaniu nie był sporny warunek zdolności technicznej.

Natomiast spornym warunkiem była zdolność ekonomiczna.

Spór powstał na tle oceny, w zakresie przedstawienia przez Odwołującego do punktowej oceny spełnionych warunków udziału w postępowaniu, zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego.

Bowiem Odwołujący ( PORR (Polska) S.A.) dokumentując posiadanie wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej, a w szczególności osiągnięcie określonych obrotów netto ze sprzedaży, poza dokumentami jego przedsiębiorstwa, przedstawił także rachunek zysków i strat spółki działającej pod firmą PORR PROJEKT UND HOCHBAU

## **Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10**

AKTIENGESELLSCHAFT z siedzibą w Wiedniu, Austria, za lata 2009, 2008 i 2007 wraz z oświadczeniem osób upoważnionych do reprezentacji tej spółki, że w przypadku udzielenia przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego zlecenia na realizację zamówienia i podpisania umowy, PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT zobowiązuje się udostępnić Odwołującemu swoją zdolność ekonomiczną to jest osiągnięcia w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych rocznych obrotów netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 200 milionów zł. w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, na cały okres jego realizacji.

Rachunek zysków i strat spółki PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT za lata 2009, 2008 i 2007 wraz z oświadczeniem PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT z dnia 5 lipca 2010 r. w sprawie udostępnienia wiedzy, doświadczenia, zdolności finansowych i ekonomicznych - w aktach sprawy -na okoliczność udostępnienia Odwołującemu wiedzy, doświadczenia, zdolności finansowych i ekonomicznych.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r. zawiadomił Odwołującego - Informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków, że nie zakwalifikował Odwołującego do etapu składania ofert.

W piśmie z dnia 9 sierpnia 2010 r. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, iż nie zaliczył do punktacji Odwołującego rocznych obrotów firmy PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zdolności finansowe, o których mowa w art. 26 ust. 2b PZP, należy odróżnić od potencjału ekonomicznego.

Zamawiający uważa, że wykonawca nie może opierać się na potencjale podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wymagania te ze względu na bezpieczeństwo realizacji inwestycji przypisane są wykonawcy. Wskazał również, że powszechnie stosowane w praktyce wymagania ekonomiczne to jest posiadanie odpowiedniej płynności bieżącej, posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy.

Przeprowadzono dowód z Informacji Zamawiającego z dnia 06.08.2010 r. oraz pisma Zamawiającego z 09.08.2010 r. - w aktach sprawy-

## **Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10**

na okoliczność nie zaliczenia przez Zamawiającego do punktacji rocznych obrotów PORR PROJEKT UND HOCHBAU AKTIENGESELLSCHAFT.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 PZP, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Z kolei przepis art. 26 ust. 2b PZP daje wykonawcy możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca wówczas jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż 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.

Art.47 ust.2 Dyrektywy z kolei stanowi:

„2. 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.”

W ocenie Izby przepis ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób czytelnie jednoznaczny określa katalog warunków ( zdolności), których zamawiający ma prawo wymagać od wykonawcy. Tą regulację stanowi art.22 ust.1 PZP.

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

W celu wykazania spełnienia skonkretyzowanych w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia przez zamawiającego warunków, zamawiający może albo żąda od wykonawcy dokumentów na ich potwierdzenie, o czym mówi art.26 ust.1 i 2 PZP.

Nie budzi wątpliwości, na tle obowiązujących przepisów PZP fakt, że dokumenty potwierdzające spełnienie skonkretyzowanych w danym postępowaniu warunków odnoszą się do wykonawcy, który składa ofertę czy jak w przedmiotowym postępowaniu wykonawca, który składa wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu czyli Odwołujący.

Odstępstwo od powyższej reguły może dotyczyć następujących warunków: wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych, ponieważ w myśl art.26 ust.2b PZP wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.

Taka regulacja PZP nie ustala prawa do posłużenia się zdolnościami innych podmiotów w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności( art. 22 ust.1 pkt 1 PZP) oraz zdolności ekonomicznej ( art. 22 ust. 1 pkt 4PZP).

W ocenie Izby w toku postępowania Odwołujący nie wykazał, że pominięcie, jak twierdził, „zdolności ekonomicznej” w przepisie art.26 ust.2 b PZP, jest wynikiem omyłki ustawodawcy.

O powyższym świadczy „Omówienie najważniejszych zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzonych ustawami z 2009r. pn. Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełnienia warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnienie – Jacek Sadowy – fragment na str. 12 Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009r. pod redakcją Jacka Sadowego wydawnictwo Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie znajduje się uzasadnienie merytoryczne pominięcia „warunków ekonomicznych” jako zdolności, którą może wykonawcy udostępnić podmiot trzeci.

Pełnomocnik Odwołującego podniósł na rozprawie, że o omyłce w Ustawie świadczy również uzasadnienie do projektu nowelizacji, które powołuje się na art.47 ust. 2 Dyrektywy.

W uzasadnieniu do projektu malej nowelizacji znajduje się następujący zapis „Zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma

## Uzasadnienie Sygn. akt KIO 1754/10

służyć przepis art. 26 ust.2 b nowelizacji, stanowiący wdrożenie art.47 ust.2 oraz art.48 ust.2 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów.”

Z powyższego fragmentu uzasadnienia do projektu nowelizacji również wynika, że brak w art.26 ust.2 b PZP „zdolności ekonomicznej” nie jest omyłką, na której istnienie powołuje się Odwołujący, ponieważ nie wymienia się w zacytowanym fragmencie „zdolności ekonomicznej”, a wymienia się tylko „zdolność finansową” jako wdrożenie art.47 ust.2 Dyrektywy.

Co do podniesionego również w toku postępowania twierdzenia Odwołującego, że aktualne brzmienie PZP w zakresie objętym sporem (sytuacja ekonomiczna) jest sprzeczne z treścią powyżej zacytowanego art.47 ust.2 Dyrektywy to w ocenie Izby należy mieć na uwadze, że przepis ten wskazuje, iż wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w stosownych sytuacjach to znaczy nie w każdej sytuacji tylko w stosownej sytuacji.

Przepis ten nie określa kto wyznacza te stosowne sytuacje czy zamawiający, czy wykonawca, czy przepis prawa wyznacza stosowne sytuacje.

W ocenie Izby art. 47 ust.2 Dyrektywy jest na tyle dyspozycyjny przez określenie „stosowne sytuacje”, że nie można postawić zarzutu, iż treść art.26 ust.2 b PZP przez pominięcie jednej z dwóch zdolności ( ekonomiczna i finansowa) jest sprzeczna z treścią art.47 ust.2 Dyrektywy.

Reasumując, w ocenie Izby, ustawa Prawo zamówień publicznych skutecznie wyklucza korzystanie z obcych zasobów w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej .

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie, ponieważ nie stwierdziła naruszenia art.26 ust.2 b PZP przez błędną jego wykładnię i zastosowanie przez Zamawiającego.