

Sygn. akt: KIO/269/11

**WYROK**  
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**  
**Katarzyna Ronikier-Dolańska**  
**Ewa Rzońca**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2011r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 lutego 2011 r. przez **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej, 40-160 Katowice, Al. W.Korfantego 79, reprezentowana przez pełnomocników: r.pr. Monikę Drab-Grotowską, adw. Bartłomieja Achlera (adres do doręczeń: 00-582 Warszawa, Al. J.Ch.Szucha 16 lok. 16) w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,****

przy udziale wykonawców:

1. **Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” z siedzibą w Konstantynowie Łódzkim, 90-050 Konstantynów Łódzki, ul. 8-go Marca 1 reprezentowana przez r.pr. Krzysztofa Wójcika (adres do doręczeń: 90-056 Łódź, ul. Roosvelta 17) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**
2. **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 reprezentowana przez adw. Grzegorza Długi (adres do doręczeń: „ADP” Popiołek Adwokaci i Doradcy” Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Sp. k., 40-043 Katowice, ul. Podchorążych 1) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

**orzeka:**

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 3 i 5 oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej, 40-160 Katowice, Al. W.Korfantego 79, reprezentowana przez pełnomocników: r.pr. Monikę Drab-Grotowską, adw. Bartłomieja Achlera (adres do doręczeń: 00-582 Warszawa, Al. J.Ch.Szucha 16 lok. 16),****
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Moniki Kołodziej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej, 40-160 Katowice, Al. W.Korfantego 79, reprezentowana przez pełnomocników: r.pr. Monikę Drab-Grotowską, adw. Bartłomieja Achlera (adres do doręczeń: 00-582 Warszawa, Al. J.Ch.Szucha 16 lok. 16),** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe jednorazowego użytku do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku”, podzielonego na 6 części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 listopada 2010 r., nr 2010/S 213-327361.

Pismem z dnia 1 lutego 2011 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej z siedzibą w Katowicach, zwaną dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. wykonawca wykazał przychód min. 5.386.479,23 zł, jednocześnie nie wykazując wymaganego przychodu min. 7.200.000,00 zł. Odwołujący przedstawił w swojej ofercie bilans i rachunek zysków i strat firmy 3M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach k/Warszawy, zwanej dalej „spółką 3M”, za rok 2009, jednak Zamawiający uznał iż wykonawca nie może polegać na zdolności ekonomicznej innych podmiotów.

W dniu 10 lutego 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 10 lutego 2010 r.) wobec następujących czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu:

1. wykluczenia Odwołującego z postępowania i tym samym uznania oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 3 i 5 za odrzuconą (w związku z treścią art. 24 ust. 4 Pzp);
2. odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 3 i 5;

3. wyboru oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „ZGODA”, zwanego dalej „Spółdzielnia Inwalidów”, w zakresie zadania nr 5 oraz oferty wykonawcy Minova-Ekochem S.A., zwanego dalej „Minova”, w zakresie zadania nr 3 jako najkorzystniejszych.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo wykazania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej;
2. art. 26 ust. 2a ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia pomimo, że Odwołujący udowodnił, że będzie polegał na sytuacji finansowej innego podmiotu, tj. spółki 3M, czym wypełnił warunek określony w części X pkt 2) SIWZ i wykazał uzyskanie odpowiednich przychodów netto, a w konsekwencji odpowiedni potencjał ekonomiczny i finansowy zapewniający wykonanie zamówienia.;
3. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie przeprowadzenie aukcji elektronicznej co do zadania nr 3 i 5, pomimo że zostały spełnione przesłanki do jej przeprowadzenia zgodnie z punktem VII 1.1. SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, str. 114), zwaną dalej „Dyrektywą” poprzez uznanie, że Odwołujący nie może polegać na zdolności ekonomicznej innych podmiotów i tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania określonej sytuacji ekonomicznej powołując się na potencjał finansowy innego podmiotu, tj. spółki 3M w sytuacji, gdy wskazane przepisy nie różnicują warunków ekonomicznych i finansowych i nakazują łączne ich rozpatrywanie dopuszczając posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych warunków.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszych w zakresie zadania nr 3 i 5, o czym Odwołujący został poinformowany drogą faksową w dniu 1 lutego 2011 r.;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 3 i 5;
3. nakazanie prowadzenia dalej postępowania co do zadania nr 3 i 5 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze aukcji elektronicznej z udziałem Odwołującego z uwagi na spełnienie warunków przeprowadzenia aukcji elektronicznej określonej w SIWZ (punkt VII 1.1.).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż złożył ofertę w zakresie zadania nr 3 oraz w zakresie zadania 5, w ramach których Zamawiający wymagał spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia poprzez wykazanie się przychodem min. 7.200.000,00 złotych netto. Odwołujący na podstawie zeznania o wysokości osiągniętego dochodu PIT -36 oraz PIT/B za rok 2009 wykazał przychód w wysokości 5.386.479,23 złotych. Dodatkowo, powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Odwołujący przedstawił bilans i rachunek zysków i strat spółki 3M za rok 2009, z którego wynika przychód netto w wysokości 736.701.597,01 złotych, oświadczenie spółki 3M o oddaniu do dyspozycji Odwołującego „niezbędnych zasobów, takich jak wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny i finansowy, osoby zdolne do wykonania zamówienia {...}”. A ponadto Odwołujący, na wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty, złożył potwierdzenie sald na rachunkach bankowych spółki 3M oraz opinię bankową RBS Bank Polska S.A., z której wynika, że na rachunku spółki 3M w dniu 19 listopada 2010 r. wysokość środków wynosiła 10.756.657,06 złotych. Mimo złożenia powyższych dokumentów Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona na skutek tego, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż wprowadzenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp miało na celu konieczność dostosowania w tym zakresie polskich przepisów do dyrektyw unijnych, a konkretnie do art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy, a co wynika z uzasadnienia do rządowego projektu ustawy nowelizującej ustawę Pzp. Przepisy przywołanej dyrektywy nie tylko nie różnicują warunków ekonomicznych i finansowych i dopuszczają posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych warunków, ale zakładają ich nierozłączność.

Brak możliwości powoływania się na zdolność ekonomiczną innych podmiotów wskazuje na nieprawidłową (niepełną) implementację do polskiego porządku prawnego art. 47 ust. 2 Dyrektywy, który nie różnicuje warunków ekonomicznych i finansowych oraz daje wykonawcom możliwość posłużenia się w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu warunków (ekonomicznego i finansowego). Implementacja Dyrektywy nastąpiła więc w sposób niewłaściwy, skutkiem czego jest okoliczność, iż wykonawca może powołać się bezpośrednio na przepisy dyrektywy.

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. pronijna wykładnia przepisów). W przedmiotowej sprawie należy oderwać się od literalnego brzmienia przepisu (art. 26b) i stosując wykładnię pronijną i celowościową, przyjąć, że „zdolność finansowa” w rozumieniu art. 26 ust. 2 Pzp obejmuje swoim zakresem także „warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł także, iż w niniejszym stanie faktycznym za powyższym przemawia jeszcze jeden argument, a mianowicie taki, że sam Zamawiający formułując warunki przedmiotowego postępowania w części X pkt 2) SIWZ nie odróżnia potencjału finansowego od ekonomicznego, zrównując go do „przychodu netto w jednym roku obrotowym”, a rozróżnienia ww. pojęć tj. potencjału finansowego i ekonomicznego Zamawiający dokonał dopiero w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w rozróżnienie to nie wynika z postanowień SIWZ.

Pismem z dnia 10 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawcy: Minova i Spółdzielnia Inwalidów otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 11 lutego 2011 r. wykonawca Spółdzielnia Inwalidów przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 14 lutego 2011 r. (pismem z dnia 11 lutego 2011 r.) wykonawca Minova przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ „Warunki wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne” pkt 2 postawił warunek, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące „sytuacji ekonomicznej i finansowej”, to znaczy: wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. uzyskali przychód 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 wartości w wysokości nie mniejszej niż określona w pkt. 1) dla poszczególnych części zamówienia”, na potwierdzenie powyższego, zgodnie z punktem 3 rozdziału XI „Oświadczenia i dokumenty wymagane w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”, żądając złożenia „w celu wykazania spełniania warunku określonego w części X punkt 2) SIWZ 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 sporządzenia sprawozdania finansowego innych dokumentów określających przychody za okres jak w zdaniu poprzednim. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in.:

- pisemne zobowiązanie 3M Poland Sp. z o.o. do oddania firmie SIGMA Monika Kołodziej do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (s. 17 oferty);



- bilans i rachunek zysków i start 3M Poland Sp. z o.o. za rok 2009 (s. 19 – 21 oferty);
- zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym 2009 PIT – 36 L SIGMA Monika Kołodziej (s. 23 – 27 oferty);
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy zgodnie z zał. nr 2 do SIWZ (s. 29 oferty).

Zamawiający, pismem z dnia 10 stycznia 2011 r., wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty m.in. o dokument określony w ustępie XI punkt 3 SIWZ, wskazując iż wykonawca dołączył do oferty (s. 23-27) zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu PIT-36L oraz PIT/B za rok 2009 wykazujące przychód w wysokości 5.386.479,23 PLN. Natomiast Zamawiający wymagał wykazania się przychodem m.in. 7.200.000,00 PLN netto w zakresie zadania nr 3 i 5, na które wykonawca złożył ofertę.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył, w załączeniu do pisma z dnia 13 stycznia 2011 r., „oświadczenie Firmy 3M z dnia 09.12.2010 r. (...)”, w którym spółka 3M zobowiązał się do oddania do dyspozycji Odwołującego „niezbędnych zasobów, takich jak wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny i finansowy, osoby zdolne do wykonania zamówienia”, „potwierdzenie sald na rachunkach bankowych firmy 3M na dzień 12 grudnia 2010 r., opinię bankową RBS Bank (Polska) S.A. z dnia 19 listopada 2010 r.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Kwalifikacja wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego dokonywana jest w oparciu warunki odnoszące się do właściwości podmiotowych danego wykonawcy, w tym warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a obowiązek ich wykazania zachodzi wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Z treści tego przepisu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) wynika, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki wskazane w jego treści, w tym warunek dotyczący „sytuacji ekonomicznej i finansowej” (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Tak więc ów warunek dotyczy dwóch zdolności, a mianowicie zdolności ekonomicznej i zdolności finansowej i ma on na celu potwierdzenie, iż wykonawca posiada zdolność do wykonania zamówienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, a także sfinansowania zamówienia do czasu dokonania płatności przez zamawiającego, jak i wypłacalności wykonawcy w sytuacji konieczności zaspokojenia ewentualnych roszczeń majątkowych.

Kwalifikacja ta (kwalifikacja wykonawców) powinna nastąpić zgodnie z regulacją prawa krajowego – jednak na skutek implementacji dyrektywy - z uwzględnieniem art. 47 „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” dyrektywy 2004/18/WE, który to przepis wskazuje z wykorzystaniem jakich dokumentów należy jej dokonać, a mianowicie „według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony

przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, b) bilans lub wyciągi z bilansów (...), c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie (...)" (art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE), a co równocześnie oznacza, że dokumenty w nim wymienione, a więc dokładnie te same dokumenty, mogą być składane zarówno na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej wykonawcy. Dyrektywa jednocześnie 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). Art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje bowiem możliwość powołania się przez wykonawcę zarówno na zdolność ekonomiczną, jak i zdolność finansową innych podmiotów, uzależniając powyższe jedynie od zaistnienia „(...) w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”, tym samym nie różnicując sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. Prawo zamówień publicznych wprowadziła art. 26 ust. 2b, zgodnie z treścią którego „wykonawca może polegać 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 (...)", dopuszczając możliwość powołania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich jednakże jedynie co do enumeratywnie wymienionych w nim zasobów. Celem wprowadzenia tego przepisu – jak wynika z uzasadnienia rządowego do projektu nowelizacji ustawy Pzp – było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienie przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Niemniej jednak wprowadzony przepis, wbrew temu co miało stanowić podstawę jego wprowadzenia, przy zastosowaniu wykładni językowej, dotyczy jedynie jednej z sytuacji, o której stanowi art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a mianowicie sytuacji finansowej, nie stanowiąc w ogóle implementacji art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, a więc przepisu którego wdrożenie miało nastąpić, i który niewątpliwie takiego ograniczenia nie zawiera, gdyż dotyczy „sytuacji ekonomicznej i finansowej”. Oznacza to więc, iż wprowadzony przepis (art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp) ogranicza uprawnienia wykonawców, gdyż odnosi się wyłącznie do możliwości powołania się na sytuację finansową

innych podmiotów, pomijając w sposób nieuzasadniony możliwość powołania się na ich sytuację ekonomiczną.

Tymczasem Państwa Członkowskie Unii Europejskiej, a więc i Polska - w myśl art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - są zobowiązane do podejmowania środków niezbędnych do tego, aby w pełni wprowadzać w życie postanowienia dyrektyw w ustawodawstwie krajowym i zapewnić aby żadne inne przepisy krajowe nie podważały ich stosowania, pozostawiając Państwu jedynie swobodę w zakresie wyboru formy i środków co do wprowadzenia dyrektywy do krajowego systemu prawnego. Dyrektywy wiążą bowiem Państwa Członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, a rezultat ten powinien być ustalony w wyniku interpretacji wszystkich postanowień dyrektywy, a także z uwzględnieniem jej preambuły.

Skoro więc celem 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, to uznać należy, iż implementacja przepisów Dyrektywy 2004/18/WE, która nie zapewnia wykonawcom tego uprawnienia, wprowadzona została w sposób nieprawidłowy, gdyż przepis ten w istocie ogranicza uprawnienie wykonawcy do odwołania się do zasobów innych podmiotów. A ponieważ w przypadku niepełnej, czy też nieprawidłowej implementacji dyrektywy do porządku prawnego danego kraju zachodzi konieczność takiej wykładni wprowadzonego przepisu, aby uwzględniała ona rezultat określony w dyrektywie (tzw. prounijna wykładnia przepisów), gdyż wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w Państwach Członkowskich, koniecznym jest jej zastosowanie, a więc powinno to mieć miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Należy bowiem dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) 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). Interpretacja prawa krajowego musi więc bezwzględnie uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym” (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C -71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii). Skoro więc dokonano implementacji dyrektywy, a implementacja ta nie doprowadziła do osiągnięcia stawianego jej celu oznacza to, iż doszło w istocie do nieprawidłowej implementacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE (art. 47 ust. 2 dyrektywy) i należy dokonać takiej wykładni, która uwzględnia rezultat określony w dyrektywie. „Przepis ten (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) powinien więc podlegać wykładni

prounijnej, co oznacza konieczność przyjęcia, że przez „zdolności finansowe” według art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy rozumieć zdolności dotyczące zarówno sytuacji finansowej, jak i ekonomicznej, wedle art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp” (A. Sołtysińska, Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych, Nr 4(23)/2009, s. 22, Warszawa 2009). A ponieważ „prounijna wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, to od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (co wynika z art. 5 Traktatu Rzymskiego)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02 OTK-A 2003, nr 1, poz. 4), a obowiązek prawidłowej wykładni dyrektywy dotyczy wszystkich organów Państw Członkowskich UE w zakresie ich kompetencji, w tym także Krajowej izby Odwoławczej.

Tak więc, mając na uwadze okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na „zdolnościach finansowych innych podmiotów” należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy.

Dlatego też uznać należy, iż dokumenty złożone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy były jednocześnie dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej. Sam Zamawiający, stawiając wykonawcom ów warunek (dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej) posługiwał się w treści SIWZ pojęciem „sytuacja ekonomiczna i finansowa” (str. 4 SIWZ), wskazując iż dokona „weryfikacji sytuacji finansowej i ekonomicznej” (str. 6 SIWZ), a także podkreślając konieczność przedstawienia „dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej” (str. 5 SIWZ), ograniczając jednocześnie w sposób nieuprawniony możliwość polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich do zdolności finansowej tych podmiotów. Z postanowień SIWZ nadto wynikało, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż wymagał on przedłożenia określonych dokumentów „w celu wykazania spełnienia warunku określonego w części X punkt 2 ) SIWZ”, a więc obu tych sytuacji (sytuacji ekonomicznej i finansowej). Niemniej jednak, abstrahując od postanowień SIWZ, uznać należy, iż dokumenty podmiotu trzeciego (spółki 3M) złożone przez Odwołującego, przy zastosowaniu prounijnej wykładni przepisów ustawy (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), zostały złożone prawidłowo na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Tym samym zarzuty podniesione przez Odwołującego potwierdziły się.

Odnosząc się do podnoszonych przez Przystępującego Minova argumentów, dotyczących braku podstaw do powołania się przez Odwołującego na art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, a jedynie na dyrektywę 2004/17/WE stwierdzić należy, dyrektywa

2004/17/WE nie ogranicza wyboru kryteriów kwalifikacji przez zamawiającego i niewątpliwie powołuje się na kryteria kwalifikacji wymienione w dyrektywie 2004/18/WE, w tym dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....