

Sygn. akt: KIO 1535/11

WYROK
z dnia 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie:	Przemysław Dzierzędzki Emil Kawa
Protokolant:	Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca** 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stocki Sp. j. z siedzibą w Otwocku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakłady Remontowo-Budowlane Wojskowej Agencji Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego RODEX Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stocki Sp. j. z siedzibą w Otwocku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć 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 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakłady Remontowo-Budowlane WAM Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę i przebudowę budynku dla potrzeb Centralnego Archiwum Wojskowego wraz z zewnętrzną infrastrukturą w K-1028 Warszawa Rembertów*.

W dniu 19 lipca 2011 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stocki Sp. j. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 26 ust. 2 b oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykluczenie go z postępowania ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w części V ust. 2 pkt 4b SIWZ było niezasadne, ponieważ warunek ten, dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, został przez niego spełniony. Wskazał, że spełnił wymóg ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 5 mln zł, na potwierdzenie czego przedstawił polisę OC wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. na kwotę gwarancyjną 4 mln zł oraz polisę OC podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, tj. UNICOM Sp. z o.o., na kwotę gwarancyjną 1 mln zł, wraz z dowodami opłacenia ww. polis oraz pisemnym oświadczeniu UNICOM Sp. z o.o. o oddaniu stosownych zasobów do dyspozycji Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w części VI pkt 6 SIWZ dopuścił zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp możliwość polegania przez wykonawcę składającego ofertę na sytuacji ekonomicznej i finansowej innych podmiotów, zobowiązując w takiej sytuacji wykonawców do udowodnienia dysponowania stosownymi zasobami.

Odwołujący podniósł, że wprowadzenie do ustawy Pzp przepisu art. 26 ust. 2b miało na celu dostosowanie polskich przepisów do art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy klasycznej 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która to dyrektywa nie różnicuje zdolności ekonomicznych i finansowych, traktując je równorzędnie jako jeden warunek, a tym samym dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych zdolności.

Wskazując na art. 47 ust. 1 Dyrektywy klasycznej Odwołujący podniósł, że dokumenty wymienione w tym przepisie mogą być składane zarówno na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej wykonawcy, co świadczy o tym, że posiadanie przez wykonawcę zdolności ekonomicznej i finansowej jest jednym, a nie dwoma warunkami. Tak też – zdaniem Odwołującego – wydaje się rozumieć jednolitość warunku ustawodawca polski, skoro warunek ten ujął w art. 22 ust. 1 w punkcie 4 jako jeden warunek: „sytuacji ekonomicznej i finansowej”, nie zaś jako dwa odrębne warunki.

Odwołujący wskazał ponadto, że Dyrektywa 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. 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.

Zdaniem Odwołującego, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dopuszczający możliwość polegania jedynie na zdolnościach finansowych innych podmiotów nie implementuje w pełni przepisów dyrektywy, w związku z czym zachodzi konieczność takiej wykładni wprowadzonego przepisu, aby uwzględniała ona rezultat określony w dyrektywie (tzw. pronijną wykładnię przepisów), gdyż wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w Państwach Członkowskich, które w myśl art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zostały 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 dyrektyw do krajowego systemu prawnego.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba stwierdziła m.in., że skoro dokonano implementacji Dyrektywy, a implementacja ta nie doprowadziła do osiągnięcia stawianego jej celu, oznacza to, iż doszło w istocie do nieprawidłowej implementacji Dyrektywy i należy dokonać takiej wykładni, która uwzględnia rezultat określony w Dyrektywie. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp powinien więc podlegać wykładni proninnej, co oznacza konieczność przyjęcia, że przez zdolności finansowe należy rozumieć również zdolności dotyczące sytuacji ekonomicznej.

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy uznać, że warunek znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej postawiony w SIWZ został

spełniony, a jego spełnienie udowodnione przy pomocy własnej polisy OC na sumę gwarancyjną 4 mln zł oraz Polisy OC podmiotu trzeciego w zakresie sumy gwarancyjnej 1 mln zł.

W konsekwencji niezasadnego wykluczenia Odwołującego, Zamawiający dokonał – zdaniem Odwołującego – wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza cenowo (Odwołujący zaoferował w ofercie wykonanie zadania za cenę 8.991.615,83, podczas gdy cena oferty wybranej wynosi 9.731.053,29 zł), co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 22 lipca 2011 r. wykonawca, którego oferta została wybrana (Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX Sp. z o.o.) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podnosząc, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne. Przystępujący wskazał m.in., że w świetle umowy ubezpieczenia OC zawartej przez UNICON Sp. z o.o., Odwołujący nie ma przymiotu ubezpieczającego lub ubezpieczonego, a oświadczenie podmiotu zobowiązującego się oddać swoje zasoby do dyspozycji, bez wyraźnej deklaracji towarzystwa ubezpieczeniowego co do objęcia Odwołującego ochroną ubezpieczeniową, jest prawnie bezskuteczne. Przystępujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie mogą wyłączać bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego dotyczących skutków umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej także co do osób, których odpowiedzialność cywilna podlega ochronie ubezpieczeniowej.

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

W części V ust. 2 pkt 4 SIWZ Zamawiający postanowił, że warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się posiadaniem:

- a) środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1 mln zł,

- b) ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 5 mln zł.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie Zamawiający w części VI ust. 1 pkt 6 SIWZ wymagał przedstawienia:

- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie, zgodnie z częścią VI ust. 4 SIWZ, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w części V SIWZ ust. 2 pkt 4 polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, Zamawiający wymaga przedłożenia informacji, o której mowa w części VI SIWZ w ust. 1 pkt 5, dotyczącej tych podmiotów (tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej).

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kopię polisy ubezpieczenia OC na kwotę 3 mln zł, wraz z aneksem zmieniającym sumę gwarancyjną na kwotę 4 mln zł. Ponadto do oferty załączono polisę ubezpieczeniową firmy UNICOM Sp. z o.o. (ubezpieczający i ubezpieczony) na kwotę 1 mln zł oraz oświadczenie ww. spółki, o treści: (...) *na czas realizacji zadania będącego przedmiotem zamówienia wynikającego z zawartej umowy, gwarantujemy naszą polisą OC nr 51045001985 7 w kwocie 1.000.000 PLN prowadzenie robót przez firmę PBI STOK Jerzy Stocki Sp. jawna (...).*

W dniu 5 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wskazując, że złożona polisa OC nie wykazuje spełnienia warunku opisanego w części V ust. 2 pkt 4b, gdyż wykazana suma ubezpieczenia to 4 mln zł, a należy wykazać sumę 5 mln zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący przekazał przedłożone uprzednio w ofercie polisy oraz – powołując się na możliwość polegania na zasobach innych podmiotów i przepisy dyrektywy klasycznej – wyjaśnił, że w ofercie prawidłowo potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 15 lipca 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, informując o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-

Handlowego RODEX Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający podał, że uzupełniona przez wykonawcę polisa OC oraz złożone wyjaśnienia nie wykazują spełnienia warunku opisanego w SIWZ w części V ust. 2 pkt 4b.

Izba zważyła, co następuje:

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

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

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. Jednakże, 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, Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie którego Zamawiający żądał złożenia polisy ubezpieczenia OC na kwotę 5 mln zł.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE, wykonawca w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej może polegać na zdolnościach innych podmiotów, jednakże przepis ten zastrzega, że może to nastąpić w stosownych sytuacjach w przypadku konkretnego zamówienia. Nie można więc 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 publicznej 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.

Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie nie występuje żadne powiązanie kapitałowe czy organizacyjne między Odwołującym a podmiotem udostępniającym, nie jest też przewidziany udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Nie można więc przyjąć, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku tylko dlatego, że przedłożył polisę ubezpieczenia OC innej spółki i oświadczenie, z którego nie wynika, że zdolność ekonomiczna w jakikolwiek sposób w praktyce zostanie rzeczywiście udostępniona.

Izba nie kwestionuje tezy Odwołującego o tym, że polisa ubezpieczenia OC składana wraz z ofertą ma wykazać sytuację ekonomiczną podmiotu na etapie postępowania o zamówienie publiczne i nie może być utożsamiana z ubezpieczeniem wykonania kontraktu. Niemniej jednak ma ona 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 warunku udziału w postępowaniu nie spełnia, uległa zmianie. Ani złożone oświadczenie 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.

Ponadto nie można się zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający w specyfikacji dopuścił możliwość wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez złożenie polisy OC innego podmiotu. W części VI ust. 4 SIWZ, Zamawiający postanowił, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w części V SIWZ ust. 2 pkt 4 polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, wymagane przedłożenia informacji, o której mowa w części VI SIWZ w ust. 1 pkt 5, dotyczącej tych podmiotów, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Postanowienia SIWZ wyraźnie odsyłają więc tylko do tego dokumentu, nie przewidują natomiast przedłożenia polisy innego podmiotu.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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:

.....