

SKO-EKO-341/Gś-T/100/520/2017

Skoczów, 4 maja 2017 roku

Składający Zażalenie:

Eugeniusz Wojak działający pod firmą
*„Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe
WOLIMEX”*
Ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa
Reprezentowany przez adwokata Antoniego Piegza
Ul. Rynek 3/1
34-600 Limanowa

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa systemu kanalizacji sanitarnej w sołectwach Wilamowice, Międzywieć, Kiczyce i Ochaby Gmina Skoczów”, znak sprawy **SKO-EKO-341/Gś-T/100/2017**.

ODPOWIEDŹ NA ZAŻALENIE

W dniu 24 kwietnia 2017 roku do Zamawiającego – Miejskiej Spółki SKO-EKO Sp. z o.o. wpłynęło zażalenie złożone w imieniu Wykonawcy Eugeniusz Wojak działającego pod firmą *„Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WOLIMEX”* (dalej: „Wolimex”) w przedmiocie niezgodnej z przepisami ustawy (SIWZ) czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę KAN-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Ustroniu (dalej: „KAN-EKO”) w postępowaniu w przedmiocie: *„Rozbudowa systemu kanalizacji sanitarnej w sołectwach Wilamowice, Międzywieć, Kiczyce i Ochaby Gmina Skoczów”*.

Firma Wolimex zarzuca naruszenie Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2.3 oraz ust. 1 B pkt 2.4.2 SIWZ poprzez uznanie iż KAN-EKO spełniła warunki udziału w postępowaniu mimo, iż:

- 1) Osoba wskazana jako kierownik budowy w specjalności instalacyjnej, tj. pani Anna Rojek nie posiada odpowiadających ważnych uprawnień budowlanych wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń;

- 2) Przedłożone polisy nie spełniają postawionych wymogów zdolności ekonomicznej, ponieważ:
- a) Nie obejmują we wskazanej przez Zamawiającego wartości minimalnej pełnego zakresu ubezpieczenia działalności gospodarczej odpowiadającemu PKD spółki KAN-EKO
 - b) Ukształtowane przez Zamawiającego zapisy treści SIWZ uniemożliwiały udostępnianie potencjału ekonomicznego (inaczej niż zdolności zawodowych i technicznych) przez podmioty trzecie;
 - c) Przedłożone przez podmiot trzeci opłacone polisy ubezpieczenia wraz z treścią zobowiązaniem nie potwierdzają realności udostępnienia zasobów;

W związku z powyższym firma Wolimex żąda:

- unieważnienia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowną ocenę ofert
- wykluczenie wykonawcy KAN-EKO jako niespełniającej warunków SIWZ
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Wolimex.

Po przeanalizowaniu zarzutów zawartych w treści zażalenia oraz odpowiedzi przesłanej Zamawiającemu przez firmę KAN-EKO stanowiącej odpowiedź na przedmiotowe pismo (dokument udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego) Zamawiający:

- uwzględnia zarzut dotyczący braku posiadania uprawnień (zarzut nr 1)
- uwzględnia w części zarzut dotyczący braku realności udostępnienia zasobów ekonomicznych (zarzut nr 2c)
- w pozostałym zakresie (zarzut nr 2 litera a i b) zażalenie oddala.

W związku z powyższym Zamawiający unieważni dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokona ponownej oceny ofert poprzez wezwanie firmy KAN-EKO do złożenia:

- a) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wskazanego w Rozdziale VIII punkt 2.3 SIWZ
- b) wyjaśnień w zakresie złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania do udostępnienia polisy.

UZASADNIENIE

Na wstępie wskazać należy, iż żądanie Skarżącego w zakresie wykluczenia wykonawcy KAN-EKO w świetle zapisów SIWZ oraz ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogło zostać spełnione. Zgodnie bowiem z Rozdziałem IX, punkt 11: „*Jeżeli Wykonawca niełoży (...) oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (...), oświadczenia lub dokumenty będą niekompletne, będą zawierać błędy lub budzić wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawieniu lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*” Podkreślić należy iż czynność ta poprzedza

ewentualne wykluczenie Wykonawcy a firma KAN-EKO nie była wcześniej wzywana w przedmiotowym postępowaniu do złożenia uzupełnionych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w zakresie wskazanym w treści zażalenia.

I. Zarzut dotyczący braku posiadania uprawnień przez panią Annę Rojek.

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 2.3. SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca „*dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadającymi następujące kwalifikacje i doświadczenia:*

Kierownik budowy w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadający następujące kwalifikacje:

1. *uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub **odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane** wydane w świetle wcześniej obowiązujących przepisów prawa”* (podkreślenie własne Zamawiającego).

Tym samym Zamawiający poprzez użycie wyrażenia „odpowiadające im” (czyli również w pełnym zakresie aktualnych uprawnień) określił w treści warunku zakres wymaganych od wskazanego kierownika budowy specjalności jako zarówno sieci **jak i instalację** oraz urządzenia (cieplne, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne). Zamawiający nie ograniczył żądania uprawnień (niezależnie od zasadności) od kierownika budowy w zakresie specjalności instalacyjnych wydawanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów do uprawnień odpowiadającym aktualnie obowiązującym w zakresie tylko sieci – takiego sformułowania Zamawiający nie zastosował.

W powyższym kontekście, z treści załączonych dokumentów wynika, iż wskazana jako kierownik budowy pani Anna Rojek uzyskała uprawnienia instalacyjno-inżynierskie jedynie w zakresie sieci sanitarnych (obejmujących sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu) a nie również w zakresie instalacji sanitarnych. Co istotne powyższe rozróżnienie obowiązywało już w dacie uzyskania uprawnień na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (§ 13 ust. 1 pkt 4 litera a – wskazujący na zakres sieci sanitarnych oraz § 13 ust. 1 pkt 4 litera b – wskazujący na instalacje sanitarne). Przywołany, również przez KAN-EKO, przepis art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 1994 Nr 89 poz. 414) stanowiący, iż: „*Osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.*” wyraźnie stanowi iż „przejęcie uprawnień” dokonuje się wyłącznie w obecnie posiadanym przez daną osobę zakresie a więc w przedmiotowym przypadku tylko w odniesieniu do sieci sanitarnych. Tym samym posiadane przez panią Annę Rojek uprawnienia nie odpowiadają uprawnieniom budowlanym w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń w zakresie

zgodnym z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2016 r., poz. 290 z późn. zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278)”

Argumenty zawarte w treści pisma KAN-EKO dotyczą w istocie nie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu a samego ukształtowania warunku udziału i jako takie muszą być uznane za spóźnione. Przedmiotowa procedura dotycząca zawarcia umowy o zamówienie publiczne (nawet nie oparta wprost o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych) ma charakter sformalizowany. Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Tym samym ukształtowane zapisy, w szczególności dotyczące warunków udziału w postępowaniu muszą być jak najbardziej jasne dla wszystkich potencjalnych uczestników - wykładnia literalna będzie miała tutaj pierwszeństwo przed wykładnią celowościową. Tak jak wskazano powyżej zakres wymaganych uprawnień został przez Zamawiającego jasno określony i wymagał posiadania przez *kierownika budowy w specjalności instalacyjnej* uprawnień zarówno w zakresie sieci jak i instalacji. Zamawiający nie może, na tym etapie – po terminie wyznaczonym na składanie ofert- poprzez odesłanie do przedmiotu zamówienia i celowościową wykładnię ograniczać zakres ukształtowanego wcześniej warunku. Tytułem przykładu wskazać należy, iż zastosowanie wykładni celowościowej powodowałoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w odniesieniu do potencjalnego podmiotu, który nie złożyłby oferty właśnie z powodu nie spełnienia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie uprawnień wydanych na podstawie co mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym zaistniała konieczność wezwania wybranego Wykonawcy KAN-EKO do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII punkt 1 ppkt 2 litera A) 2.3 SIWZ.

II. Zarzuty dotyczące polis odpowiedzialności cywilnej

A) Nie obejmują we wskazanej przez Zamawiającego wartości minimalnej pełnego zakresu ubezpieczenia działalności gospodarczej odpowiadającemu PKD spółki KAN-EKO.

Skarżący wskazuje, iż ubezpieczenie potwierdzone polisą nr 903012050871 nie obejmuje pełnego zakresu zabezpieczenia wynikającego z treści SIWZ z uwagi na fakt, iż nie obejmuje robót sklasyfikowanych w PKD 2007 pod kodem 42.21 Roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych” a jedynie przygotowania terenu pod budowę.

Zarzut ten nie może być uznany za zasadny. Wskazać bowiem należy, iż polisa odpowiedzialności cywilnej bądź inny dokument potwierdzający spełnienie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie musi być dedykowany konkretnemu zamówieniu, tym samym zakres ubezpieczenia nie musi w pełni pokrywać się zarówno z pełnym zakresem danego zamówienia dla którego stawiany jest warunek ani nawet pełnemu zakresowi działalności Wykonawcy (tak też **Wyrok KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, z 14.09.2015 r.** „Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje: Polisa ani

też inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie musi być tożsamy z pełnym zakresem działalności firmy ujawnionym w Krajowym Rejestrze Sądowym”).

Tym samym wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej może dotyczyć ograniczonego zakresu prowadzonej działalności i nie musi być w sposób całkowity związana z przedmiotem zamówienia. Potwierdza to wyrok *Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2015 r. (KIO 2084/15): "umowa ubezpieczenia OC działalności Wykonawcy nie jest najczęściej zawierana na potrzeby danego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, zatem polisa składana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu może nie zawierać określeń tożsamy z określeniami użytymi przez Zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, nie można kwestionować polisy tylko z tego względu, że w jej treści nie użyto określenia działalności identycznego z określeniem, którym posługuje się Zamawiający w danym postępowaniu lub określeń użytych w PKD. Brak użycia takiego określenia lub podania wprost kodu działalności w treści polisy nie dyskwalifikuje polisy jako dokumentu, który potwierdza spełnianie warunku udziału w danym postępowaniu. Zauważyć należy, że po pierwsze, polisa musi dotyczyć działalności jedynie związanej z przedmiotem zamówienia, a zatem Wykonawca nie ma obowiązku wykazania posiadania ubezpieczenia działalności identycznej do przedmiotu zamówienia."*

Tak rozumiany wymóg został spełniony przez Wykonawcę. Dodatkowo zwrócić należy uwagę na treść wyjaśnień (treść w załączeniu) dotyczących polis przedłożonych w imieniu zakładu ubezpieczeniowego Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego Ergo Hestia SA. wystawcy polis, zgodnie z którymi ubezpieczeniem w tej wysokości objęte są roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21).

B) Brak możliwości udostępniania potencjału ekonomicznego przez podmioty trzecie.

Zdaniem Skarżącego inaczej niż dla zdolności technicznej i zawodowej SIWZ nie umożliwiały możliwości polegania na zasobach trzecich a ponadto nie wskazywała na możliwość zliczania wartości poszczególnych polis. Tymczasem z treści SIWZ, Rozdział VIII, punkt 3 wyraźnie wynika, iż Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału określonych w rozdziale VIII 1. 2) litera A. i B. niniejszej SIWZ polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Brak użycia, w treści tego punktu, zdolności ekonomicznych lub finansowych nie może przesądzać o braku możliwości polegania Wykonawcy na tego rodzaju zasobach podmiotu trzeciego bowiem Zamawiający wyraźnie wskazał na warunki określone w literze B a więc odnoszące się do sytuacji finansowej i ekonomicznej. Nie jest możliwe spełnienie warunku ekonomicznego na podstawie udostępnienia zdolności technicznych lub zawodowych. Intencją Zamawiającego było umożliwienie wykorzystywania zasobów podmiotów trzecich w pełnym zakresie wynikającym z ustawy Pzp, również w odniesieniu do zdolności finansowych i ekonomicznych. Po drugie Zamawiający nigdzie nie zakazał możliwości polegania na określonych zasobach podmiotów trzecich – odwrotnie wskazał, iż jest to możliwe np. w rozdziale VIII, punkt 4 ppkt 1, akapit nr 2 SIWZ: „W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp (...)” . Zamawiający w tym wypadku wyraźnie posłużył się wyrażeniem „sytuacja”

odróżniającym zasoby finansowe i ekonomiczne od zdolności (technicznych lub zawodowych) a ponadto odniósł się do przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych w których zawarto wprost możliwość polegania na zasobach finansowych i ekonomicznych. Po trzecie zwrócić należy uwagę, iż nawet gdyby przyjąć iż Zamawiający nie określił możliwości polegania na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotu trzeciego (nie wprowadził wprost takiej możliwości ale i wyraźnie jej nie zakazał) to zastosowanie będzie miał zapis Rozdziału II, punkt 3 SIWZ: „W zakresie nie uregulowanym treścią niniejszego SIWZ odpowiednie zastosowanie będą miały przepisy ustawy Pzp odnoszące się do przetargu nieograniczonego (...). Tym samym poprzez pośrednie zastosowanie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wskazującego na możliwość posługiwania się sytuacją finansową lub ekonomiczną w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuścił taką możliwość w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do braku możliwości zliczania wartości sum ubezpieczeń wynikających z różnych polis posiadanych przez Wykonawców oraz podmiotu trzeciego wskazać należy iż brak ujęcia takiej możliwości wprost w Rozdziale VIII punkt 1, ppkt 2 litera B, drugi akapit nie stoi na przeszkodzie sumowania tych wartości w odniesieniu do polis lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadanych przez podmiot trzeci. Z treści SIWZ nie wynika bowiem iż zasoby podmiotów trzecich miałyby być inaczej traktowane niż zasoby własne Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie wprowadził w tym względzie żadnych „restrykcji”, tym samym analogicznie wartości wynikające z dokumentów potwierdzających spełnienie warunku ekonomicznego w zakresie posiadanego ubezpieczenia winny podlegać zliczaniu.

C) Brak realności przeniesienia zasobów.

Na wstępie wskazać należy, iż zarówno z treścią ustawy Pzp jak i treścią przedmiotowego SIWZ możliwe jest udostępnianie potencjału ekonomicznego. W tym celu Wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował udostępnianymi zasobami podmiotów trzecich, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dodatkowo realność udostępnienia zasobów wymaga pozytywnej oceny (dokonywanej przez Zamawiającego) złożonych wraz z ofertą dokumentów potwierdzających przeniesienie zasobów w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz gwarantujących iż stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty do udostępnianych zasobów (Rozdział VIII, punkt 4 SIWZ).

Firma Wolimex w treści zażalenia błędnie utożsamia warunek w zakresie potencjału ekonomicznego z treścią właściwego ukształtowania umowy ubezpieczenia zawieranej na etapie realizacji przedmiotowego zamówienia o czym świadczy następujący fragment zażalenia:

*„(...) oświadczenie innego podmiotu o udostępnienie zasobów nie powoduje wstąpienia wykonawcy korzystającego z tych zasobów do stosunku ubezpieczenia. Oświadczenie to nie tworzy bowiem nowego stosunku prawnego, w którym inny podmiot staje się ubezpieczającym, a przystępujący – ubezpieczonym
(...)”*

Treść umowy ubezpieczenia należy interpretować w oparciu o złożony wniosek stanowiący ofertę zawarcia umowy określonej treści i polisę. Prawidłowa, pełna i wszechstronna

wykładnia umowy nie może pomijać treści zwerbalizowanej na piśmie (...) Umowa ubezpieczenia jest umową wzajemną, a zatem świadczenie jednej strony odpowiada świadczeniu drugiej, przez co świadczenie ubezpieczyciela zapewnione umownie w razie ziszczenia się wypadku ubezpieczeniowego powinno odpowiadać wartości ryzyka ubezpieczeniowego, zrekompensowanego ubezpieczycielowi w postaci zapłacenia wyliczonej przez niego składki., Powyższe oznacza, iż Skarżący wskazuje, iż w stosunku ubezpieczeniowym brak jest miejsca dla podmiotu trzeciego (w tym wypadku Wykonawcy) tym samym nie jest możliwe udostępnienie zawartej polisy.

Tymczasem, na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu: „Udostępnienie potencjału ekonomicznego można uznać za realne, jeżeli zapewnia ono zamawiającemu wzmocnienie gwarancji należytego wykonania zamówienia poprzez środki mające charakter finansowy, przekładające się na zdolność do zrealizowania zamówienia przez wykonawcę, bądź poniesienia odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. Wskazał na przykłady takiego udostępnienia m. in. podwykonawstwo, kumulatywne przystąpienie do długu, odpowiedzialność solidarną podmiotu trzeciego z wykonawcą za całość realizacji zamówienia, udzielanie korzystnych pożyczek, poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla wykonawcy, w razie konieczności wniesienie dodatkowego kapitału do spółki. „ (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 44/15). Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 maja 2015 roku (sygn. akt KIO 863/15): „Tytułem uzupełnienia uwag natury ogólnej należy jeszcze dodać, że mianem zdolności ekonomicznej określa się zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym (np. wielkość obrotów, zysków, płynność finansowa, itp.) charakteryzujących określony podmiot. Z uwagi na powyższe, a także mając na względzie dopuszczalność wykorzystania tak rozumianego zasobu innego podmiotu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, uprawniony jest wniosek, że jego udostępnienie nie będzie odbywało się w sposób dosłowny, jak to ma miejsce chociażby w przypadku warunku dotyczącego potencjału kadrowego, gdzie możliwe jest przykładowo oddelegowanie określonego personelu podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia publicznego. Nie sposób twierdzić, że realności udostępnienia zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego realizuje się przez oddanie do dyspozycji wskaźników charakteryzujących sytuację ekonomiczną przedsiębiorcy, te bowiem nierozzerwalnie związane są z podmiotem, którego kondycję charakteryzują. Innymi słowy nie jest możliwe proste posługiwanie się przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskaźnikami właściwymi innemu podmiotowi. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że o realnym udostępnieniu omawianego zasobu można mówić w sytuacji, gdy za wykonawcą powołującym się na tą okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego, rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, jak i uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym, na które to elementy powoływał się Odwołujący.” Dodać również należy, iż celem żądania od Wykonawcy posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności jest ocena wiarygodności Wykonawcy jako podmiotu zdolnego do zawarcia umowy ubezpieczenia a więc podlegającemu pozytywnej ocenie wiarygodności ekonomicznej przez profesjonalny podmiot – zakład ubezpieczeń oraz zdolnego do ponoszenia kosztów finansowych ubezpieczenia lub też do pozyskania takiego podmiotu trzeciego, który w sposób realności wiarygodność taką „udostępni”.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe, istnieją również inne sposoby realnego udostępnienia Wykonawcy zasobów ekonomicznych podmiotu trzeciego w zakresie

posiadania ubezpieczenia niż wskazanie w treści dokumentu stanowiącego ubezpieczenie Wykonawcy jako podmiotu (dodatkowo) ubezpieczonego.

Skarżący nie zauważa ponadto, iż:

- 1) w treści zobowiązania wskazano, iż podmiot trzeci, udostępniający polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, będzie podwykonawcą w znaczącym zakresie zamówienia przekraczającym 50 % a więc w zakresie przekraczającym połowę wartości wymaganego w warunku ubezpieczenia,
- 2) Zgodnie z treścią art. 22a ust. 5 ustawy Pzp (stosowanym w niniejszym postępowaniu na mocy Rozdziału II, punkt 3 SIWZ): *„Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z innym podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy.”*

Tym samym o ile podmiot trzeci w przedmiotowym wypadku nie odpowiada solidarnie z Wykonawcą za wykonanie zamówienia to odpowiada za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów Wykonawcy.

Niemniej jednak złożone przez firmę EKO-BUD Anna Rojek, Marek Gałosz zobowiązanie nie wskazuje na sposób udostępnienia sytuacji ekonomicznej w postaci polisy ubezpieczeniowej. Firma wywodzi realność przeniesienia zasobów wyłącznie z relacji podwykonawstwa, gdy tymczasem, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 11 maja 2015 r. (sygn.. akt KIO 863/15): *„Nie ulega przy tym wątpliwości, że opisaną sytuację najpełniej oddaje podwykonawstwo (udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia publicznego), tym niemniej nie można realności udostępnienia zasobu sprowadzać wyłącznie do problematyki podwykonawstwa. Przepisy Pzp odróżniają bowiem te kategorie podmiotów (...)”* Określenie sposobu wykorzystania zasobów w postaci stwierdzenia iż będą one wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w opinii Zamawiającego ma charakter zbyt ogólny, nie tworzy źródła zobowiązań podmiotu trzeciego ani nie wskazuje na jakiej podstawie, w jaki sposób i w jaki zakresie zasób ten będzie wykorzystywany. Podkreślić należy, Wykonawca udowadniając realność przeniesienia zasobów winien był złożyć dokumenty wskazujące, iż stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty do udostępnianych zasobów. Jest to również szczególnie ważne w kontekście przywołanego art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt iż podmiot trzeci może powołać się na brak swojej winy w kontekście odpowiedzialności za szkodę wywołaną nieudostępnieniem zasobów z uwagi na niewypełnienie nieznanymi Zamawiającemu okoliczności (np. zapisów umowy o współpracę).

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Beata Halama