

Miejska Spółka SKO-EKO Sp. z o.o.

Data wpływu 205.2017

Dział 530 1 pp 17

Nr 17

Podpis

Ustroń, 28.04.2017r.

Miejska Spółka SKO-EKO sp. z o.o.
ul. Olszyna 10
43-430 Skoczów

Składający stanowisko do zażalenia: KAN-EKO sp. z o.o., ul. Katowicka 207, 43-450 Ustroń

Zamawiający: Miejska Spółka SKO-EKO sp. z o.o., ul. Olszyna 10, 43-430 Skoczów

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

STANOWISKO W SPRAWIE OBJĘTEJ ZAŻALENIEM

Z DNIA 24.04.2017 R.

Działając na podstawie Regulaminu udzielania zamówień sektorowych, dla których nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych, w Miejskiej Spółce SKO-EKO Sp. z o.o. oraz zapisów Rozdziału XX pkt 9 SIWZ dla postępowania jw. składamy swoje stanowisko w sprawie objętej zażaleniem wniesionym przez adwokata Antoni Piegza w imieniu Eugeniusza Wojaka prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WOLIMEX, ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa:

1. **Nie zgadzamy się** ze stanowiskiem zawartym w zażaleniu jakoby zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty KAN-EKO Sp. z o.o. Czym naruszył postanowienia rozdziału VIII ust. 1 pkt 2,3 oraz ust. 1B pkt 2.4.2 SIWZ,
2. **Nie zgadzamy się** ze stanowiskiem zawartym w zażaleniu jakoby zamawiający naruszył przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22c ust. 1 pkt 3 i art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) w zw. Z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 7 ustawy Pzp oraz w zw. z przepisami rozporządzenia z dnia 26.07.2016 r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3. **Nie zgadzamy się** ze stanowiskiem zawartym w zażaleniu jakoby zamawiający naruszył przepisy art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 1 w zw. art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z przepisami rozporządzenia z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
4. **Nie zgadzamy się** ze stanowiskiem zawartym w zażaleniu jakoby zamawiający naruszył przepisy art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 12 w zw. z przepisami rozporządzenia z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i art. 805 Kodeksu Cywilnego

Interes prawny Składającego stanowisko do zażalenia (KAN-EKO Sp. z o.o.) w uzyskaniu zamówienia może zostać naruszony w przypadku uwzględnienia zażalenia przez Zamawiającego. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Składającego stanowisko do zażalenia, a co za tym idzie Składający stanowisko do zażalenia ma **interes prawny** we wniesieniu pisemnego stanowiska.

Wobec powyższego Składający stanowisko do zażalenia wnosi o:

- oddalenie w całości zażalenia wniesionego przez adwokata Antoni Piegza w imieniu Eugeniusza Wojaka prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WOLIMEX, ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa

Składający stanowisko do zażalenia wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia pisemnego stanowiska w sprawie objętej zażaleniem powziął w dniu 26.04.2017 r., tak więc stanowisko zostaje wniesione w terminie przewidzianym w art. 25 regulaminu oraz Rozdziale XX pkt 9 SIWZ.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Rozbudowa systemu kanalizacji sanitarnej w sołectwach Wilamowice, Międzyzwieć, Kiczyce i Ochaby Gmina Skoczów”, znak sprawy **SKO-EKO-341/Gś-T/100/2017**. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze firmy KAN-EKO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Eugeniusz Wojak prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WOLIMEX, ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa, składając zażalenie. Odnosząc się do zarzutów w nim zawartych informujemy, iż:

A) W Rozdziale 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, wodociagowych i kanalizacyjnych posiadający następujące kwalifikacje:*

1. *uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle wcześniej obowiązujących przepisów prawa*
2. *doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót w branży sanitarnej na co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie sieci kanalizacji sanitarnej, wraz z odtworzeniem nawierzchni dróg, w ramach których wykonana była co najmniej jedna sieciowa przepompownia ścieków wraz z systemem monitoringu.*

Uwaga:

a) *Upewnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, o których mowa powyżej, powinny być zgodne 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)”*

W treści zażalenia część powyższych zapisów została może celowa, ale na pewno niesłusznie pominięta, gdyż dopiero łączna treść powyższych zapisów SIWZ stanowi pełny opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami i tylko tak kompletny opis powinien być przedmiotem oceny. Jediną wskazaną i wymaganą osobą jest Kierownik budowy, który miał kierować robotami sanitarnymi w zakresie **sieci kanalizacyjnych** (co również słusznie zostało przez zamawiającego wyartykułowane w zapisach Rozdziału VIII pkt 1 ppkt 2.3.2) SIWZ), gdyż taki zakres robót wynikał z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji projektowej. Aby określić warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie ww. osoby (Kierownik budowy), zamawiający w celu określenia jakie uprawnienia są niezbędne do kierowania robotami sanitarnymi w zakresie sieci kanalizacyjnych, zastosował art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo budowlane oraz § 14 ust. 3 i 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które odpowiednio stanowią:

§ 14 ust. 3: „Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci i instalacje ciepłne, wentylacyjne, gazowe, wodociagowe i kanalizacyjne.”

§ 14 ust. 2: „Uprawnienia budowlane w specjalności, o której mowa w ust. 3, w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami i instalowaniem tych urządzeń dla obiektów budowlanych o kubaturze do 1000 m³”

Na podstawie analizy zakresu wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji projektowej zamawiający określił następujące wymagania w stosunku do osoby, która miała pełnić funkcję Kierownika Budowy (Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2.3. SIWZ):

- 1. posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle wcześniej obowiązujących przepisów prawa*

2. *posiadać doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót w branży sanitarnej na co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie sieci kanalizacji sanitarnej, wraz z odtworzeniem nawierzchni dróg, w ramach których wykonana była co najmniej jedna sieciowa przepompownia ścieków wraz z systemem monitoringu.*

Jak wskazano powyżej zamawiający dopuścił uprawnienia budowlane **nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów** poprzez zapis Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2.3.1) SIWZ wyżej zacytowany. Ten zapis SIWZ dał możliwość pełnienia funkcji kierownika budowy wszystkim osobom posiadającym ważne uprawnienia budowlane, dopuszczając uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów.

Przedłożone przez wykonawcę (KAN-EKO Sp. z o.o.) uprawnienia budowlane Pani mgr inż. Anny Rojek wydane na podstawie Decyzji z dnia 04.10.1991r. zostały wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. W sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie., **a więc na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów.** Stosownie do art. 104 ustawy Prawo budowlane ... 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.** Zatem uprawnienia posiadane przez Panią Annę Rojek mają moc obowiązującą w dotychczasowym zakresie.

Dla oceny tych uprawnień istotne znaczenie mają przepisy, na podstawie których wydano decyzję potwierdzającą uzyskanie uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Jak wynika z Decyzji nr 114/91/B-B z dnia 04.10.1991r., będąca mgr inż. budownictwa o specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych, Anna Rojek, zgłoszona jako Kierownik Budowy, zgodnie z ww. Decyzją o posiadaniu uprawnień budowlanych „*jest upoważniona:*

- *do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz oceniania*

i badania stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych i ciepłych uzbrojenia terenu,

- *do sporządzania projektów sieci w budownictwie jednorodzinny, zagrodowym oraz w innych budynkach o kubaturze do 1000 metrów sześciennych”*

Naszym zdaniem **bezpodstawnie i bez jakiegokolwiek uzasadnienia** przyjmuje się w zażaleniu, że z treści tych uprawnień Anny Rojek wynika ich **ograniczony zakres o instalacje sanitarne, w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów**, a należało dokonać ich oceny pod tym kątem, czego składający zażalenie nie uczynił.

Jak bowiem stwierdziła KIO w wyroku z dnia 08.07.2011 r. (KIO 1332, KIO 1333/11 – LEX nr 862347) cyt.:

„Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedności uprawnień wydawanych kiedyś i obecnie jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót.”

W ocenianym przypadku mgr inż. Anna Rojek może wykonywać samodzielne funkcje kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie **sieci kanalizacyjnych objętych przedmiotem zamówienia.**

Jak z powyższego wynika, przedłożone przez wykonawcę uprawnienia budowlane Anny Rojek w brzmieniu wyżej przywołanym są **uprawnieniami budowlanymi** w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów, uprawniającymi do wykonywania samodzielnie funkcji kierownika budowy i robót w zakresie **sieci sanitarnych (kanalizacyjnych)**

W tym miejscu należy podnieść, że w momencie uzyskania przez Annę Rojek uprawnień budowlanych (nadal ważnych) nie istniało prawne rozróżnienie na uprawnienia ograniczone i bez ograniczeń. Stąd też obecnie nie można stosować terminologii użytej przez zamawiającego w SIWZ wprost, lecz tylko odpowiednio do przedmiotu zamówienia, którego wykonanie miałyby być prowadzone z udziałem Anny Rojek posiadającej opisane powyżej uprawnienia.

W naszej ocenie, opisany w dokumentacji przetargowej, zakres robót z zakresu sieci kanalizacyjnych mieści się w zakresie uprawnień Pani Anny Rojek i pozwala na kierowanie robotami budowlanymi osobie, która uzyskała uprawnienia budowlane w tym zakresie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane, oraz § 5 ust.

1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Naszym zdaniem Anna Rojek posiadając powyższe uprawnienia spełnia warunki w zakresie posiadania wymaganych przez zamawiającego uprawnień jako Kierownik Budowy, albowiem opisane w dokumentacji przetargowej, na etapie oceny ofert, roboty w zakresie sieci kanalizacji sanitarnej, którymi miała kierować, **wpisują się w zakres uprawnień uzyskanych przez Panią Annę Rojek.**

Przy tej okazji należy się również zgodzić z twierdzeniem składającego zażalenie, „ *iż w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp zamawiający ma prawo i obowiązek opisać jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu*” (vide: wyrok KIO 1721/11, na który powołał się składający zażalenie). Biorąc powyższe zapisy pod uwagę należy stwierdzić, iż właściwym warunkiem w zakresie Kierownika Budowy, związanym z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnym do niego, nie wprowadzający nadmiernych i wygórowanych wymagań, jest posiadanie uprawnień budowlanych w zakresie sieci kanalizacyjnych bez ograniczeń, co potwierdzają uprawnienia wydane dla Pani Anny Rojek. Myślimy, że celowo składający zażalenie nie przytoczył dalszej części powyższego wyroku, która mówi, iż „ *Wymagania Zamawiającego, w stosunku do których Izba uwzględniła zarzuty odwołania, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i wykraczające poza konieczność osiągnięcia zamierzonego celu w postaci należytego wykonania zamówienia*”. Tak więc przyjęcie argumentacji składającego zażalenie mogłoby stać w sprzeczności z powyższym wyrokiem jak i wyrokiem KIO z dnia 08.07.2011 r. (KIO 1332, KIO 1333/11 – LEX nr 862347), który jeszcze raz zacytujemy: „ *Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach*

odpowiedniości uprawnień wydawanych kiedyś i obecnie jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót.”

Tak więc, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, w zakresie osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia. Odmienne stanowisko Zamawiającego stało by w sprzeczności z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Tak więc całkowicie zasadnym jest oddalenie zażalenia w powyższym zakresie ze względu na jego bezzasadność.

Jednocześnie należy w tym miejscu podkreślić, iż na tym etapie postępowania Zamawiający nie mógłby się przychylić do wniosku PPUH WOLIMEX, tj: wykluczyć wykonawcę KAN-EKO Sp. z o.o. i odrzucić jego ofertę jako nie spełniającą warunków SIWZ. Na tym etapie postępowania mógłby jedynie wezwać wykonawcę, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, w sytuacji gdyby wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

W związku z tym, że taka sytuacja nie wystąpiła Zamawiający nie miał podstaw do skorzystania z tej przesłanki.

B) Nie zgadzamy się także z zarzutami (argumentami) składającego zażalenie jakoby złożone na wezwanie m.in. Polisy odpowiedzialności cywilnej nr 903010900702 i 903011314754 wystawione zostały na inny podmiot, tj.: EKOBUD Sp.j. Anna Rojek i Marek Gałosz nie spełniały wymagań określonych treścią SIWZ. Za poprawnością tej sytuacji przemawia realny fakt dysponowania zasobami powyższego podmiotu, gdyż zgodnie ze złożoną przez nas ofertą **podmiot ten został zgłoszony jako podwykonawca**, który w sposób bezpośredni będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższą sytuację potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in.:

- Wyrok KIO 863/15 z dnia 11.05.2015 r. w którym czytamy: „Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej braku realności dysponowania przez Przystępującego EPI zasobami ekonomicznymi EP. W powyższym zakresie ustalono,

że w wykonaniu wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 Zamawiający - pismem z dnia 25 marca 2015 r. wezwał Wykonawcę EPI do uzupełnienia dokumentów potwierdzających realne dysponowanie oddanym mu przez EP potencjałem ekonomicznym. W odpowiedzi Przystępujący EPI złożył obszerne wyjaśnienia (vide pismo z dnia 1 kwietnia 2015 r.), do którego załączył mającą ogólny charakter umowę współpracy zawartą z EP w dniu 1 sierpnia 2014 r. wraz z załącznikami, aneks nr 1 do wspomnianego kontraktu precyzujący wzajemne zobowiązania stron związane z ubieganiem się przez Wykonawcę EPI o przedmiotowe zamówienie, a nadto informację o dokumentacji rachunkowej i polisy ubezpieczeniowej za lata 2014-2015. W ocenie Izby, niezależnie od wspomnianego braku wpływu na wynik Postępowania, zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Na wstępie należy powiedzieć, że jakkolwiek obowiązujący w dacie wszczęcia Postępowania przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie przewidywał wprost możliwości posługiwania się potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to w doktrynie prawa zamówień publicznych i orzecznictwie Izby wyrażany był pogląd dopuszczający taką możliwość, co ostatecznie potwierdzone zostało dokonaną nowelizacją omawianej regulacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. Obowiązkiem wykonawcy zarówno wówczas, jak i obecnie - była wykazanie, że będzie dysponował tym zasobem, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie potwierdzające realność dokonanego przez podmiot trzeci udostępnienia. Punktem wyjścia do dalszych rozważań powinno być zatem stwierdzenie, że istnieją sposoby na skuteczne (realne) udostępnienie tego zasobu, ponieważ w przeciwnym razie ustawodawca nie przewidziałby takiej możliwości. 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 wykonawcę 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. **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 (zob. przykładowo przepis art. 36b Pzp). Analiza stanowiska Odwołującego doprowadziła skład orzekający do przekonania, że kierując się fragmentem uzasadnienia orzeczenia Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 oczekiwał on takiego ukształtowania relacji pomiędzy Przystępującym EPI, a EP, który odpowiadałby pojęciu podwykonawstwa, co per se było założeniem błędnym. W ocenie Izby Wykonawca EPI przedstawił dokumenty potwierdzające realność udostępnienia mu zasobu ekonomicznego przy zastosowaniu opisanych w nich mechanizmów. Jakkolwiek można powziąć wątpliwość, czy wyszczególnione w pkt I umowy współpracy (lit. A-G) i doprecyzowane w kolejnych jej postanowieniach i załącznikach do umowy, przewidziane przez Wykonawcę EPI i EP, formy i pola kooperacji odnoszą się bezpośrednio do udostępnienia potencjału ekonomicznego w opisanym powyżej znaczeniu, to jednak - na gruncie zawartego przez ww. strony aneksu - być ich nie powinno. Wskazano w nim bowiem na konkretne formy ekonomicznego uwiarygodnienia Przystępującego EPI dające podstawy do przyjęcia, że udostępnienie omawianego potencjału jest realne."

- Wyrok KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, z 14.09.2015 r., w którym czytamy: „Polisa została uznana, ponieważ podmiot udostępniający polisę jest

również podwykonawcą”, a także: „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.** Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności i w tym przypadku rzeczywiście tak jest. Złożone oświadczenie odwołuje się do kilku polis, a wśród nich „Polisy Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu Prowadzonej Działalności Zawodowej nr 39902869 i nr 39902870”, czy też „Polisy Odpowiedzialności Cywilnej (Polisa Odpowiedzialności wobec Osób Trzecich i Pracownicza Polisa Odpowiedzialności Cywilnej) nr 229443135”. Z treści złożonego dokumentu wynika, że istnieje kilka polis, w tym co najmniej dwie dotyczące ubezpieczenia firmy z tytułu prowadzonej działalności zawodowej. Powyższe zatem uzasadnia złożenie innego (a więc jednego) dokumentu zamiast polisy (w tym przypadku kilku polis). Dlatego też Izba uznała, że złożony inny dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Torprojekt, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej (zarzut 4.2.) nie potwierdził się w zakresie kwestionowanym w tym zarzucie.** Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 8 SIWZ „Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy”, punkt 8.4.2., iż każdy wykonawca powinien wykazać, „że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”, tj.: (...) c) **posiada aktualne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN**”. Na potwierdzenie powyższego zobowiązany był złożyć – zgodnie z punktem 9.1.5.: (...) c) **opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...)** Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje: **Wykonawca może wykazać celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego**

podmiotu w zakresie zdolności ekonomicznej (przedstawia wówczas środki na rachunku bankowym lub zdolność kredytową innego podmiotu) i finansowej (inny podmiot spełnia wskaźniki ekonomiczne wymagane dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia oraz istnieje możliwość dostępu do zasobów innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia). Wykonawca Torprojekt w tym celu posłużył się podmiotem trzecim, tj. TRAKCJA PRKiL S.A. W złożonym zobowiązaniu podmiot udostępniający, tj. TRAKCJA PRKiL S.A. zobowiązała się do oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy Transprojekt zdolności finansowych i ekonomicznych niezbędnych do spełnienia warunków „posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej – w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN” oraz „posiadania aktualnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN”. Oddanie do dyspozycji wykonawcy, do wykorzystania przez niego ww. środków finansowych lub zdolności kredytowej – jak wskazał podmiot udostępniający w treści zobowiązania - nastąpi m.in. poprzez: „umowę pożyczki, poręczenie kredytu udzielonego przez instytucję finansową oraz udostępnienie polisy OC w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia”. W zobowiązaniu tym oznaczono więc przedmiot świadczenia, jak również sposób w jaki jego udostępnienie nastąpi. (...) W zakresie oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy Transprojekt „zdolności finansowych i ekonomicznych niezbędnych do spełnienia warunków”, tj. „posiadania aktualnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (tj. świadczeniem usług projektowych) na sumę ubezpieczeniową nie mniejszą niż 5.000.000,00 PLN” podmiot udostępniający zobowiązany był złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (...). Wykonawca złożył polisę dotyczącą podmiotu udostępniającego, gdyż to na jego potencjale w tym zakresie opierał wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykazał także realność tego udostępnienia. Udostępnienie nastąpi – jak wskazano w treści zobowiązania – przez udostępnienie polisy OC w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia. Podmiot udostępniający będzie przy tym – jak

wynika z punktu 11 „Formularza ofertowego” - podwykonawcą w czasie realizacji tego zamówienia (zobowiązanie ze strony 33 oferty nie było kwestionowane). Zauważyć przy tym należy, iż zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie wskazał w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są wykazać spełnienie warunku dotyczącego sytuacji finansowej i/lub ekonomicznej, a mianowicie „oprócz pisemnego zobowiązania wykonawca winien złożyć dokument zawierający odpowiednio: część sprawozdania finansowego, o którym mowa w punkcie 9.1.5. lit. a), informację, o której mowa w pkt 9.1.5. lit. b) oraz opłaconą polisę, o której mowa w pkt 9.1.5. lit. c) dotyczące tych podmiotów. Takie też dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, zgodnie z wymogiem zamawiającego, wykonawca Torprojekt załączył do złożonej oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest udowodnienie zamawiającemu **realnego dysponowania udostępnianym zasobem** w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia, a także faktycznej możliwości posiłkowania się nim przy wykonaniu zamówienia.”

Nie sposób się również zgodzić z zarzutem jakoby przedłożone polisy nie obejmowały w całości działalności prowadzonej przez składającego stanowisko do zażalenia (KAN-EKO Sp. z o.o.). Zgodnie z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych., w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Doprecyzowaniem tego warunku jest § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej rozporządzenie. Przepis traktuje, że "odpowiednim ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej", żądanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, **będzie zawsze ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej** w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Żaden przepis ustawy Pzp ani przepis rozporządzenia **nie uprawnia** zamawiającego do dalej idącego żądania **konkretnych zapisów w polisie** ubezpieczeniowej wykonawcy. Zwrócić należy bowiem uwagę na to, że ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, przedkładane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w celu potwierdzenia znajdowania się przez

wykonawcę w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, **nie jest polisą dedykowaną konkretnemu zamawiającemu w tylko konkretnym postępowaniu**. Jest to ubezpieczenie wykonawcy, związane z prowadzoną przez niego działalnością. Jeśli zamawiający chce, by wykonawca był ubezpieczony w trakcie wykonywania określonego zamówienia związanego z prowadzonym postępowaniem należy wymagać by wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zawarł przed podpisaniem umowy ubezpieczenie dedykowane konkretnej umowie. Zwraca na to uwagę wprost Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 października 2015 r. (KIO 2084/15), podkreślając, że: *"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 tożsamyh z określeniami użytymi przez Zamawiającego do opisanania 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. Po drugie, wszelkie wątpliwości co do treści polisy, w tym - w zakresie działalności przyjętej do ubezpieczenia, podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dopiero bezspeczne ustalenie przez Zamawiającego, że dokument nie potwierdza spełniania warunku, stanowi przesłankę do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wymaganego dokumentu oraz ewentualnie do wykluczenia Wykonawcy".* Potwierdza to również przytoczony powyżej 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"*. Zgodnie z powyższym więc, jeśli zamawiający ma wątpliwości czy dokument ubezpieczenia przedłożony mu przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczy przedmiotu jego działalności i jest związany z przedmiotem zamówienia co do wszystkich

jego elementów powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp i uzależnić dalsze swoje kroki w tym postępowaniu od jakości tych wyjaśnień. Pomimo braku takiego wezwania, jak rozumiemy z powodu prawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych przez nas dokumentów, do niniejszego stanowiska dołączamy również stanowisko (wyjaśnienie) naszego ubezpieczyciela potwierdzające prawidłowe postępowanie Zamawiającego, tj: stwierdzenie, iż złożone polisy są prawidłowe.

Podsumowując kwestię udostępniania zasobów przez podmiot trzeci należy zauważyć, iż:

- dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego,
- w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ciężar dowodu obciąża wykonawcę,
- podmiot trzeci może udostępnić wykonawcy wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny, potencjał osobowy, **zdolność finansową i ekonomiczną** (możliwość udostępnienia potencjału ekonomicznego nie została wskazana wprost w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ale wynika z pro-unijnej wykładni przepisów ustawy Pzp, stanowisk prezentowanych w orzecznictwie i doktrynie),
- rodzaj, charakter i sposób udostępnienia zasobów winny podlegać analizie z punktu widzenia konieczności (lub braku konieczności) udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Wszystkie powyższe przesłanki zostały przez nas spełnione i w sposób prawidłowy ocenione przez Zamawiającego w zakresie przedłożonych przez nas Polis OC na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Odmienne stanowisko Zamawiającego stało by w sprzeczności z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych, treścią SIWZ oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Tak więc całkowicie zasadnym jest oddalenie zażalenia ze względu na jego bezprzedmiotowość i bezzasadność.

W tym stanie wniesienie Naszego stanowiska do zażalenia jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

KAN-EKO Sp. z o.o.
ul. Katowicka 207, 43-450 Ustroń
NIP: 5482658886 REGON: 242862458
Tel/Fax: (33) 854-74-71

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Anna Rojek

Wyjaśnienie dotyczące Polis Hestia Biznes 903012050871 i 903010839191

Polisa Hestia Biznes **903012050871** odpowiedzialności cywilnej

dla KAN-EKO Sp. z o.o. 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207

NIP 5482658886 Regon 242862458 na kwotę 1 000 000,00 zł jest **doubezpieczeniem**

do polisy o numerze **903010839191** odpowiedzialności cywilnej

dla KAN-EKO Sp. z o.o. 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207

NIP 5482658886 Regon 242862458 na kwotę 1 000 000,00.

Obie te polisy stanowią integralną całość.

Firma KAN-EKO Sp. z o.o. 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207 na podstawie zawartej umowy ubezpieczenia na podstawie OWU Hestia Biznes o symbolu B-iHB-01/16 jest ubezpieczona na kwotę 2 000 000,00 zł.

Ubezpieczeniem w tej wysokości są wszystkie wymienione w obu polisach rodzaje prowadzonej działalności, a w szczególności roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21)

AGENT UBEZPIECZENIOWY
INSURANCE SERVICE Sp. z o.o.
Małgorzata Kania, NIP 66141132/P
43-400 Cieszyń, ul. Sobiechowska 29
Tel 33 857 8145

KAN-EKO
ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
mgr inż. Anna Rojek

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Anna Rojek

Wyjaśnienie dotyczące Polisy Hestia Biznes 903011314754

Polisa Hestia Biznes 903011314754 odpowiedzialności cywilnej wystawiona dla EKOBUD sp.j. Anna Rojek i Marek Gałosz 43-418 Pogwizdów ul. Północna 5 NIP 5480056835 Regon 070506268 na kwotę 1 000 000,00 zł jest **wznowieniem** do polisy o numerze 903006567480 odpowiedzialności cywilnej wystawionej dla EKOBUD sp.j. Anna Rojek i Marek Gałosz 43-418 Pogwizdów ul. Północna 5 NIP 5480056835 Regon 070506268 na kwotę 1 000 000,00.

Polisa Hestia Biznes 903011314754 obejmuje ubezpieczeniem wszystkie wymienione w polisie o numerze 903006567480 rodzaje prowadzonej działalności :

- Roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21)
- Roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych (PKD 41.20)
- Przygotowanie terenu pod budowę (PKD 43.12)

Firma EKOBUD sp.j. Anna Rojek i Marek Gałosz 43-418 Pogwizdów ul. Północna 5 na podstawie zawartej umowy ubezpieczenia na podstawie OWU Hestia Biznes o symbolu B-iHB-01/16 jest ubezpieczona na kwotę 1 000 000,00 zł.

Ubezpieczeniem w tej wysokości są objęte roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21)

AGENT UBEZPIECZENIOWY
INSURANCE SERVICE Sp. z o.o.
ul. Wolności 10A 43-400 Cieszyń, ul. Bobrecka 29
Tel. 33 857 8146

KAN-EKO
ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
mgr inż. Anna Rojek

PREZES ZARZĄDU

mgr inż. Anna Rojek