

**WYROK**

**z dnia 9 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez ENEA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Świerże Górne,

przy udziale Edenred Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz ENEA Wytwarzanie S.A. w Świerże Górne kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, ENEA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Świerże Górne, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów towarowych dla pracowników ENEA Wytwarzanie S.A..

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03.08.2013 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2013/S 150-261734.

W dniu 18.09.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Edenred Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „Edenred”).

W dniu 27.09.2013 r. Sodexo Benefis and Rewards Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „Sodexo”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem zaniechania wykluczenia Edenred, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Edenred i nakazanie wykluczenia tego wykonawcy oraz uznanie jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

W prowadzonym postępowaniu w pkt 5 SIWZ Zamawiający zamieścił „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”

W świetle pkt 5.1. o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy. Pkt 5.2. konkretyzuje warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż o

udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, tj.:

#### 5.2.1.

*w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 1 zamówienie, samodzielnie lub wspólnie z innymi Wykonawcami dostawy bonów towarowych o łącznej wartości nie niższej niż 4 500 000 PLN: wykaz dostaw należy przedstawić w Załączniku Nr A 5 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie.*

*Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, w celu wykazania, że stosunek łączący wykonawcą z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów załączy:*

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcą, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcą z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Wykonawca nie wykazał spełniania warunku. Z załączonego do oferty „Wykazu wykonanych dostaw bonów towarowych w okresie ostatnich 3 lat, z podaniem ich wartości, lat wykonania oraz odbiorców (wg dołączonego wzoru, tj. Załącznika Nr A 5), jednoznacznie wynika, iż Wykonawca nie wykonał zamówienia spełniającego warunki stawiane przez Zamawiającego, tj. którego jednostkowa wartość jest nie niższa niż 4 500 000 PLN. Warunek ten stanowi, że należy wykazać co najmniej jedno zamówienie, którego łączna wartość to minimum 4 500 000 PLN, a nie jedno lub więcej zamówień, których zsumowana, łączna wartość jest równa lub większa od 4500 000 PLN. Żadna z 9 wykazanych tam pozycji nie spełnia tego warunku. Endered Sp. z o.o. nie dysponuje zatem wymaganą wiedzą i doświadczeniem potrzebnym do realizacji niniejszego zamówienia. W toku oceny ofert Zamawiający nie dokonał w tym względzie nawet wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego niektóre z przedłożonych listów referencyjnych nie mogą stanowić o tym, że zamówienia wykazane zostały wykonane należycie (np. Decathlon sp. z o.o. - referencja nie zawiera daty; wskazuje na datę początkową współpracy; w wykazie zamieszczono informację o 3 zamówieniach wykonanych na rzecz tego podmiotu w latach 2011, 2012 i 2013; w referencji znajduje się liczba zakupionych kart, ale nie ma ich wartości, nie można też stwierdzić, czy referencja odnosi się do wszystkich trzech dostaw; zastrzeżenia te odnoszą się także do Firmy Werner Kenkel sp. z o.o. i jej referencji, gdzie brak bliższych danych na temat wykonanych zamówień; warto zwrócić uwagę, że referencja mówi o umowie (jednej), a w wykazie wskazano zamówienia w 2011 i 2012 r.; w odniesieniu do Firmy CHI Polska S.A., należy stwierdzić, że pomimo daty wystawienia listu referencyjnego nie wiadomo, czy dotyczy on obu wykazanych dostaw, tj. z 2011 i 2012 r.)

Dowód: Wykaz wykonanych dostaw bonów towarowych w okresie ostatnich 3 lat, z podaniem ich wartości, lat wykonania oraz odbiorców (wg dołączonego wzoru, tj. Załącznika Nr A 5), wraz z przywołanymi listami referencyjnymi zawartymi w ofercie Endered Sp. z o.o.

Punkt 5.3. SIWZ odnosi się do wymaganej przez Zamawiającego zdolności ekonomicznej i finansowej. O udzielenie zamówienia bowiem mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.:

*5.3.1. przychód netto ze sprzedaży w jednym z ostatnich trzech pełnych lat, musi wynosić, co najmniej 4 500 000 PLN.*

*Dane, o których mowa w pkt 5.3.1. Wykonawca opracuje i przedstawi w Załączniku Nr A7 do SIWZ. Na potwierdzenie przedstawionych danych Wykonawca do oferty załączy sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności.*

*5.3.2. Wykonawca musi mieć dostęp do środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 4 500 000 PLN.*

*Na potwierdzenie powyższego Wykonawca do oferty załączy dokument w postaci: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia informację może złożyć jeden lub kilka podmiotów łącznie spełniających powyższy warunek (Załącznik Nr A 10 do SIWZ).*

*Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, w celu wykazania, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów załączy:*

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Endered sp. z o.o. jest wykonawcą, który nie spełnia warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jego sprawozdania za lata 2010, 2011 i 2012 wykazują odpowiednio straty w wysokości: 1 139 594,86 PLN (przychody ze sprzedaży:

1 101 005,19 PLN - uwaga sprawozdanie za 2011 podaje inne dane, tj. 1 230 151,60 PLN); 3 565 531,10 PLN (przychody ze sprzedaży: 1 921 156,20 PLN); 5 745 477,00 PLN

(przychody ze sprzedaży: 2 191 121,30 PLN)

Jak widać sytuacja spółki stale się pogarsza, co zmniejsza z roku na rok jej wiarygodność, także jako wykonawcę zamówienia publicznego.

Dowód: wybrane fragmenty sprawozdań finansowych za lata 2010, 2011 i 2012

(w załączeniu).

Do oferty Wykonawca ten załączył Załącznik Nr A 7 - Dane finansowe (wg dołączonego wzoru). W załączniku tym Wykonawca zawarł jednak informacje o

przychodach netto ze sprzedaży Endered S.A. z siedziba 166-180 Boulevard Gabriel Peri, 92240 Malafoff, France.

W załączniku tym wykazał wprawdzie przychody ze sprzedaży za lata 2010, 2011 i 2012 odpowiednio: 18 mln EUR, 24 mln EUR i 26 mln EUR. Dołączył także sprawozdanie finansowe na potwierdzenie ww. danych.

Powyższe budzi jednak następujące zastrzeżenia:

1) Z załączonego do oferty „Upoważnienia do składania podpisu i pełnomocnictwa” z dnia 13 lipca 2012 r., a także „Wyciągu z Kbis” z dnia 21 sierpnia 2013 r.) nie wynika:

a) jaki jest zakres kompetencji Pana Jaques’a STERN’a,

b) czy Pan Jacques STERN w dniu składania ofert pełnił funkcję Prezesa Endered S.A. i Dyrektora Generalnego, co jest istotne bowiem przywołane „Upoważnienie” obowiązuje tylko w okresie kadencji Prezesa Jaques’a STERN’a;

c) czy upoważnienie jest ważne, bowiem nie wiadomo jaki jest stan prawny na dzień składania ofert; w ofercie złożono oświadczenia z 5 września 2013 r. (str. 4 Oferty - „Oświadczenie Wykonawcy o akceptacji przebiegu postępowania przetargowego” oraz „Oświadczenie”, że informacje zawarte w złożonych dokumentach są zgodne ze stanem faktycznym i prawnym na dzień składania oferty, bowiem pierwszy z tych dni ma datę 9 września 2013 r. a drugi 5 września 2013 r.; istotny jest pierwszy z nich;

d) jaki jest „Zakres obowiązków” Pana Loic’a JENOUVRIER’a, bowiem tylko w tym zakresie może pod podpisywać korespondencję, a nie załączono go do oferty,

e) czy jest upoważniony do podpisywania zobowiązań do oddawania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia innym Wykonawcom, w rozumieniu Pzp (oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.),

2) Zgodnie z § 1 ust 6 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231):

„ 6. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
  - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
  - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
  - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
  - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia ”

Przedłożone przez Pana Loic'a JENOUVRIER'a „Zobowiązanie” nie spełnia wymagań SIWZ, w szczególności w zakresie wymagania wykazania:

„b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, ”.

„Z orzecznictwa Trybunału ukształtowanego na podstawie art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiących podstawę wskazanego przepisu krajowego wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty. Zatem, zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby innego podmiotu potrzebne do wykonania zamówienia

(...) Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że



faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17). (orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r, w sprawie C-176/98 Holst Italia)” podstawie opinii UZP, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r. /

Zobowiązanie złożone przez Endered Sp. z o.o. jest lakoniczne. Na podstawie treści zobowiązania należało więc uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwaniem do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu, a także art. 26 ust. 4 Pzp, wobec braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W wyroku KIO 629/13 z 2 kwietnia 2013 r. Izba stwierdziła, iż: „Obowiązkiem Wykonawcy jest udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu może przesądzać fakt, gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobami jest prawnie skuteczne i wiążące, m. in. wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1259/12. ”

W wyroku z dnia 1 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1439/13), Izba stwierdziła, że:

„Przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) wymaga podania szczegółowych elementów relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać "zobowiązania podmiotu trzeciego", tj. podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami (...).

Dodatkowo podkreślić należy, że w „Wyciągu ze sprawozdania finansowego ENDERED S.A. za 2011 r.” wskazano przychody ze sprzedaży za 2010 i 2011 r. w wysokościach odpowiednio 18 i 24 mln EUR (brak sprawozdania i danych za 2012 r.), ale załączony fragment nie zawiera not wyjaśniających, w tym także co do kwestii przychodów ze sprzedaży. Jest to o tyle istotne, że Firma Endered S.A. zarówno w

roku 2010 jak i w 2011 ma odnotowała stratę na działalności operacyjnej, odpowiednio w wysokości 56 i 16 mln EUR.

Zauważyć też należy, że zawarte w ofercie świadectwo ubezpieczenia, wystawione przez Allianz Global Corporate & Specialty (France) w związku z wykupioną przez Endered S.A. polisą dotyczy Endered Polska. Nie potwierdzono jednoznacznie, że Endered Polska Sp. z o.o., co było wymagane pkt 5.3.3. SIWZ, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4, zgodnie z którym, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym

zakresie lub formalnie nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym zastrzec należy, iż według normy art. 26 ust. 2b ustawy, 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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomią postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący niewykazania przez wybranego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt 5.2.1 SIWZ (przytoczonego w treści odwołania cytowanego powyżej) uznano za niezasadny.

Przyjęta i prezentowana przez odwołującego interpretacja warunku udziału w postępowaniu nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu SIWZ oraz jest niezgodna z wykładnią autentyczną postanowień własnej specyfikacji prezentowaną przez zamawiającego, a także pozostaje interpretacją zmierzającą do nadmiernego ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym zamówień publicznych, z niejasnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać

negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Tym samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ.

Tymczasem z powoływanego warunku udziału w postępowaniu wcale jednoznacznie nie wynika, iż zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu jednego zamówienia o wskazanej wartości. Odnośny tekst warunku („*wykonali co najmniej 1 zamówienie, samodzielnie lub wspólnie z innymi Wykonawcami dostawy bonów towarowych o łącznej wartości nie niższej niż 4 500 000 PLN*”) sformułowano w sposób nieczytelny, z pogwałceniem postulatów jasności składni, ogólnego sensu i logiki myślenia, a nawet interpunkcji. Na podstawie ww. fragmentu SIWZ nie jest wcale oczywiste, iż zamawiający miał na myśli wykonanie jednego zamówienia polegającego na dostawie bonów o wartości 4 500 000 zł. Na podstawie takiego warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego w języku swoistym dla zamawiającego, można dowodzić również, iż zamawiający wymagał wykonania jednego zamówienia (jakiegokolwiek) oraz bliżej nieokreślonej ilości dostaw bonów sumujących się do wartości 4 500 000 zł. W treści warunku nie wskazano, iż rzeczony 1 zamówienie ma polegać/dotyczyć/obejmować dostawę bonów. Natomiast przy znaczeniu warunku postulowanego przez odwołującego należałoby raczej, w jego tekście, odnosić się do jednej dostawy o określonej wartości, a nie dostaw o łącznej wartości, tak jak to czynił zamawiający.

W związku z powyższymi wątpliwościami, co do treści i znaczenia przedmiotowego warunku, przyjęto interpretację rozszerzającą konkurencję w postępowaniu.

Tym samym Edenred mogła wykazać i wykazała spełnianie warunku przy pomocy kilkunastu dostaw sumujących się do kwoty znacznie przekraczającej wartość podaną przez zamawiającego.

Ponadto zarzuty podnoszone przez odwołującego względem referencji dotyczących niektórych dostaw, ze względu na ich wartość, nie miały wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zarzuty dotyczące wykazania przez Edenred spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3.1 SIWZ uznano za niezasadne.

W treści ww. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, zamawiający wymagał: *„przychód netto ze sprzedaży w jednym z ostatnich trzech pełnych lat, musi wynosić, co najmniej 4 500 000 PLN”*.

Natomiast na potwierdzenie spełniania ww. warunku, dalej w treści SIWZ, zamawiający wymagał: *„Dane, o których mowa w pkt 5.3.1. Wykonawca opracuje i przedstawi w Załączniku Nr A7 do SIWZ. Na potwierdzenie przedstawionych danych Wykonawca do oferty załączy sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności.”*

Spełnianie warunku wybrany wykonawca wykazał nie w odniesieniu do własnej sytuacji ekonomicznej, ale przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego – Edenred S.A. z siedzibą w Malakoff, Francja.

W ramach dokumentów załączonych do oferty Edenred (sprawozdań finansowych Edenred S.A.), wykazano, iż ww. latach 2010 i 2011 Edenred S.A. osiągnęła przychody ze sprzedaży przekraczające wartości wymagane przez zamawiającego, co potwierdza sam odwołujący w treści odwołania.

Podkreślić tu należy, iż zamawiający wymagał w tym zakresie osiągnięcia wskazanego poziomu przychodów ze sprzedaży tylko w jednym roku i jedynie odnosił się do tego ekonomicznego wskaźnika. Nie wymagał również przedkładania sprawozdań finansowych ze wszystkich trzech lat obrotowych, ale jedynie sprawozdań, które potwierdzą dane wykazywane na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast odnośnie zarzutów, co do umocowania pana Loic Jenouvrier podpisującego „Zobowiązanie” Edenred S.A. z dnia 20.08.2013 r. w sprawie udostępnienia Edenred swojego potencjału finansowego i ekonomicznego, Izba stwierdza, iż odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby dokumenty potwierdzające powyższe, załączone do oferty Edenred (dokumenty rejestrowe

Edenred S.A. oraz pełnomocnictwo wystawione przez J. Sterna, Prezesa Edenred S.A. dla Loic Jenouvrier'a) pozostawały nieaktualne lub nieprawidłowe, a wykonawca oraz wystawiający zobowiązanie podawali nieprawdziwe informacje, co do umocowania osób w dokumentach tych wskazanych.

Zarzuty dotyczące treści ww. „Zobowiązania” sformułowane w odwołaniu również uznano za niezasadne.

W pkt 5.3.3. SIWZ (in fine) wskazano:

*„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, w celu wykazania, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów załączy:*

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”*

Odwołujący zarzucił, iż *„Przedłożone przez Pana Loic'a JENOUVRIER'a „Zobowiązanie” nie spełnia wymagań SIWZ, w szczególności w zakresie wymagania wykazania:*

- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem”.*

Następnie podnosił, że *„Zobowiązanie złożone przez Endered Sp. z o.o. jest lakoniczne. Na podstawie treści zobowiązania należało więc uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwaniem do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu, a także art. 26 ust. 4 Pzp, wobec braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.”*

Załączone do oferty Edenred zobowiązanie Edenred S.A. z dnia 20.08.2013 r. zawiera wskazanie jakiego postępowania o udzielenie dotyczy oraz deklarację, iż w przypadku podpisania umowy przez Edenred w sprawie przedmiotowego

zamówienia, Edenred S.A. „zobowiązuje się oddać do dyspozycji firmie EDENRED Polska Sp. z o.o. na okres realizacji tego zamówienia publicznego swój potencjał finansowy (zasoby finansowe) i ekonomiczny”.

Z odpisu z KRS załączonego do oferty Edenred wynika, iż właścicielami (wspólnikami) ww. spółki są Edenred S.A. oraz Edenred Belgium.

Udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci dotyczy w tym przypadku sfery właściwości ekonomicznych (potencjału ekonomicznego wykonawcy), a konkretnie parametrów jego sprzedaży. W związku z powyższym chybione są twierdzenia odwołania, iż wadą ww. zobowiązania jest brak określenia „*sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia*”. Ze swej istoty wskaźników sprzedażowych z jednego z trzech ostatnich lat obrotowych, przy realizacji zamówienia wykorzystać się nie da. Natomiast zamawiający poprzestawał w tym przypadku na dosyć abstrakcyjnym badaniu potencjału ekonomicznego, bez stawiania w tym przedmiocie dodatkowych wymagań co do jego przełożenia na zdolności finansowe wykonawcy i możliwości sfinansowania danego zamówienia.

Nietrafiony jest również zarzut, iż z przedstawionego zobowiązania nie wynika „*charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem*”. W treści samego zobowiązania powyższego rzeczywiście nie opisano, jednakże z załączonych do oferty dokumentów (odpis KRS) jasno wynika, iż są to stosunki właścicielskie.

Powoływana norma art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Powyższe wykonawca może wykazać zamawiającemu przy użyciu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia

wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Powyższe można sprowadzić do wykazania w jakim zakresie, w jaki sposób i na jakich zasadach wykonawca potencjałem podmiotu trzeciego będzie mógł dysponować. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy co prawda stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, co jednak nie oznacza, iż ocena charakteru i wagi tych stosunków, nie może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Wskazówek w jakim kierunku zmierzać winno dowodzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy i pod jakim kątem powinno być oceniane, może dostarczać powoływany w treści odwołania przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Z treści ww. przepisu wynika, iż ustawodawca rozróżnia rodzaj i specyfikę potencjału, który jest udostępniany i sposób dowodzenia danego udostępnienia w kontekście owego rozróżnienia. W pkt. 1 ww. przepisu ustawodawca przewiduje odrębnie możliwość żądania dokumentów dotyczących podmiotów trzecich odnośnie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 4 Pzp (potencjał ekonomiczny i finansowy). Natomiast w pkt 2 przykładowo wymienia się zakres informacji, które zamawiający może wymagać od wykonawców w związku z dowodzeniem możliwości wykorzystania udostępnianego potencjału. I właśnie powyższy katalog należy oceniać i egzekwować w odniesieniu do specyfiki danego potencjału. Pośrednio powyższe zauważane jest w treści samego odwołania, gdzie wskazuje się, iż zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dowodów lub wyjaśnienia w „zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot”. W różny sposób należy więc oceniać np. spełnianie warunków i udostępnianie potencjału ekonomicznego, a inaczej powoływanie się na cudzy potencjał wiedzy i doświadczenia. Przy czym zaznaczyć należy, iż w tym przypadku zarzuty nie dotyczyły spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, ale potencjału ekonomicznego.

W związku z powyższym oraz uwzględniając całokształt okoliczności sprawy, Izba uznała, iż Edenred w wystarczający sposób udowodniła zamawiającemu możliwość dysponowania potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego, a tym samym powoływania się na ten potencjał w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek „Zobowiązanie” załączone do oferty jest



lakoniczne i nie jest zobowiązaniem w rozumieniu przepisów Kc i nie nadaje się do egzekwowania, to jednak deklaracje w nim zawarte w zestawieniu z powiązaniem kapitałowym podmiotów, należało uznać za wystarczający dowód na okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Oddalono zarzut dotyczący potwierdzenia ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dla Edenred.

Do oferty ww. wykonawcy załączono Świadcstwo ubezpieczenia, wystawione przez Allianz Global Corporate & Specjalty (Francja) zaświadczające ubezpieczenie dla podmiotu oznaczonego jako: „Edenred Polska ul. Przemysłowa 30, PL-00-450 Warszawa”.

Przystępujący oświadczył, iż pod wskazanym adresem nie prowadzi działalności żaden inny podmiot poza nim samym.

W ocenie Izby nie zachodzą wątpliwości co do podmiotu, który ww. ubezpieczeniem objęto.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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).