

WYROK

z dnia 9 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 4 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 stycznia 2022 roku przez odwołującego B. Architekci spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w konkursie prowadzonym przez zamawiających Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Województwo Mazowieckie w imieniu których konkurs prowadzi Stowarzyszenie Architektów Polskich z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 175/22

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Województwo Mazowieckie w imieniu których konkurs prowadzi Stowarzyszenie Architektów Polskich z siedzibą w Warszawie,, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi konkurs ograniczony, jednoetapowy na Opracowanie koncepcji

funkcjonalno - przestrzennej dla Inwestycji „Budowa budynku dla potrzeb Sądu Apelacyjnego w Warszawie oraz budowa siedziby dla wojewódzkich jednostek organizacyjnych, wojewódzkich osób prawnych, a także spółek w których Województwo Mazowieckie posiada udziały bądź akcje, na nieruchomości przy ul. Świętojskiej 9 w

Warszawie”, ZP-761-1/21, Konkurs SARP Nr 1013.

Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane 22 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 206-539233.

Przedmiotowy konkurs jest prowadzony na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W konkursie tym uczestnik konkursu - B. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 21 stycznia 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia wniosku Odwołującego o udział w konkursie i zaniechaniu zaproszenia go do złożenia pracy konkursowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 343 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp przez błędne uznanie, że wniosek Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej dotyczącej polisy ubezpieczeniowej;
- 2) art. 343 ust. 5 ustawy Pzp przez niezaproszenie Odwołującego do złożenia pracy konkursowej, mimo że jego wniosek o dopuszczenie w postępowaniu nie podlega odrzuceniu;
- 3) art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie Konkursu w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Uczestników Konkursu, nie jest przejrzysty i proporcjonalny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Konkursie;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Konkursie;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w Konkursie oraz dokumentów i argumentacji wskazanych w niniejszym odwołaniu przez Odwołującego jako uzasadnienie stawianych zarzutów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uwzględnieniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie, który powinien zostać uznany za ważny i spełniający warunku udziału w konkursie. Odwołujący wskazał, że naruszenie

przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik pierwszego etapu konkursu. W konsekwencji powyższego naruszenia Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści — przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się także w tym, aby konkurs został przeprowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wskazał następnie, że 11 stycznia 2022 r. Zamawiający przekazał uczestnikom konkursu informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, uznając tym samym, że wniosek Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego wskazanych w Ogłoszeniu o konkursie i Regulaminie konkursu.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale III Regulaminu Konkursu w pkt 1.6 Zamawiający wskazał warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki sposób, że zostanie on uznany za spełniony, jeżeli uczestnik konkursu posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł. Odwołujący wyjaśnił też, że w Regulaminie (Rozdział III pkt 1.7) wskazano także, że uczestnik konkursu, aby spełnić ten warunek udziału w Konkursie może polegać na zasobach innych podmiotów, na zasadzie art. 118 ustawy Pzp tj.:

a) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej Uczestnicy konkursu mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podmioty udostępniające zasoby nie mogą podlegać wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4-10 Ustawy.

b) Uczestnik konkursu, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Konkursie, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zadania konkursowego lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Uczestnik konkursu będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

c) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący Uczestnika konkursu z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych Uczestnikowi konkursu zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia Uczestnikowi konkursu i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zadania konkursowego;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Uczestnik konkursu polega w odniesieniu do warunków udziału w Konkursie dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje zadanie konkursowe, których wskazane zdolności dotyczą.

Odwołujący wyjaśnił, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Konkursie złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego — Pana P. B. — do udostępnienia zasobów osobowych i doświadczenia, w tym pełen zakres możliwych zasobów osobowych i doświadczenia projektowego zgodnie z wymaganiami pkt. 1.6 b, c regulaminu konkursu oraz pełnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zgodnie z wymaganiami pkt. 1.6 d regulaminu konkursu. Wskazał przy tym, że zasoby udostępni na cały czas realizacji zamówienia a podstawą współdziałania z uczestnikiem konkursu będzie umowa cywilnoprawna.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 3 z zw. z art. 122 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do:

1) przedłożenia (uzupełnienia) zobowiązania podmiotu trzeciego Pana P. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. B. — Architekt, z którego treści jednoznacznie wynika sposób objęcia Uczestnika konkursu ochroną ubezpieczeniową podmiotu trzeciego albo

2) zastąpienia podmiotu trzeciego, tj. Pana P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. B. — Architekt innym podmiotem, oraz przedłożenie: a)

zobowiązania tego podmiotu trzeciego, z którego treści jednoznacznie wynika, iż Uczestnik konkursu, tj. B. Architektki Sp. z o.o., jest objęty ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał, oraz z którego treści jednoznacznie wynika sposób objęcia Uczestnika konkursu ochroną ubezpieczeniową podmiotu trzeciego;

b) oświadczenia tego podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w Konkursie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp albo

3) wykazania, iż B. Architektki Sp. z o.o. samodzielnie spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000 złotych.

Odwołujący wskazał następnie, że 27 grudnia 2021 roku przedłożył ponownie zobowiązanie podmiotu trzeciego zmieniając je w stosunku do poprzednio złożonego oświadczenia w taki sposób, że dodano do niego treść: „Niniejszym oświadczam, że B. Architektki Sp. z o.o. jest objęty ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał. W ramach polisy ubezpieczeniowej ubezpieczającego tj. P. B. — Architekt ul. Kmicica 1/813 02-728 Warszawa uczestnik konkursu tj. B. Architektki Sp. z o.o. ul. Lwowska 17 m5 00-660 Warszawa jest objęty ochroną ubezpieczeniową jako ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000 zł.”

Odwołujący wskazał, że mimo złożenia kolejnego zobowiązania, które w swojej treści odpowiadało na zapotrzebowanie Zamawiającego, ten stwierdził, iż nie sposób uznać, że Uczestnik konkursu, posługując się wartością co do zasady niepodlegającą przenoszeniu i przypisaną do danego podmiotu, jaką jest ochrona ubezpieczeniowa, na podstawie złożonego zobowiązania wyrażającego w sposób ogólny bliżej nieokreśloną relację między podmiotami, mógł się posłużyć tym walorem należącym do podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zdaje się przy tym nie zważać na fakt, iż w treści zobowiązania spełnione zostały warunki co do treści tego dokumentu. Wykonawca dołożył starań, aby uszczegółowić treść zobowiązania podmiotu trzeciego i sprostać wymaganiom. Zamawiający przy tym zignorował zupełnie instytucję wskazaną w przepisach ustawy Pzp, jaką jest wezwanie do wyjaśnienia. Mógł bowiem w obliczu jakichkolwiek wątpliwości wezwać Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 808 Kodeksu cywilnego ubezpieczający może zawrzeć umowę ubezpieczenia na cudzy rachunek, a ubezpieczony może nawet nie być imiennie wskazany w umowie, chyba że jest to konieczne do określenia przedmiotu ubezpieczenia. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący objęty jest pełną ochroną ubezpieczeniową, czego Zamawiający uporczywie nie zechciał wywieść z treści przedłożonych mu dokumentów.

Zamawiający minął się z prawdą stwierdzając w informacji o wynikach oceny wniosków, że Odwołujący nie skorygował pierwotnego oświadczenia, gdyż — jak wskazano jednoznacznie wyżej treść zobowiązania została zmodyfikowana. Argumentacja Zamawiającego nosi znamiona tendencyjności w dążeniu do wyeliminowania wniosku Odwołującego, bez szczegółowej analizy jego sytuacji podmiotowej, w szczególności w spornym zakresie dotyczącym polisy.

W efekcie Zamawiający, zdaniem Odwołującego, bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie posiada wymaganego ubezpieczenia powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego, wskazując jednak, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że Uczestnik konkursu objęty jest polisą, w której ubezpieczającym jest podmiot trzeci. Podmiot trzeci zgodnie z prawdą — oświadczył, że Odwołujący jest ubezpieczonym, bo właśnie taki status w ramach umowy ubezpieczenia posiada.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający podważa istnienie umowy cywilno-prawnej między podmiotem trzecim a Odwołującym, tymczasem jest to umowa trójstronna, której stroną jest także Ubezpieczyciel.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, posługując się trudnym a nawet niemożliwym do wyjaśnienia stwierdzeniem, iż deklaracja dotycząca ubezpieczenia pochodzi od podmiotu trzeciego a nie od Odwołującego, sam zaprzecza idei wezwania do uzupełnienia, które do Odwołującego skierował. Ten sprostował bowiem oczekiwaniom Zamawiającego wprost,

przedkładając uszczegółowione zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Odwołujący podkreślił, że spełnił warunek udziału w konkursie oraz warunek wskazany w wezwaniu do uzupełnienia. W sytuacji, gdy Zamawiający powziął dalsze wątpliwości co do zrozumienia stanu faktycznego, dysponował możliwością wskazaną w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, aby wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów lub oświadczeń, z której to możliwości nie skorzystał, działając tym samym na niekorzyść Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należytą starannością, z uwzględnieniem wymienionych wyżej w odwołaniu zasad. W zaistniałej sytuacji treści wniosku o dopuszczenie do konkursu Zamawiający nie poświęcił odpowiedniej ilości uwagi i czasu, aby rozstrzygnąć kwestię jego oceny należycie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający sam stwierdza, że „przeniesienie ochrony ubezpieczeniowej na inny podmiot nie jest możliwe”, tym bardziej nabierając wątpliwości, czy takie właśnie rozwiązanie wskazał w oświadczeniu Odwołujący. Powinien więc skierować do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Zamawiający potwierdza także swoje wątpliwości pisząc, że nie jest dla niego jasne, czy objęcie Odwołującego ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej odbywa się w drodze udostępnienia zasobu, czy jednak Odwołujący posiada własną polisę. Z treści oświadczenia podmiotu udostępniającego zasób co prawda wynika czytelnie, że nie ma mowy o przeniesieniu ochrony ubezpieczeniowej a o objęciu Odwołującego ubezpieczeniem. Jeżeli jednak Zamawiający nadal nie był w stanie zrozumieć stanu faktycznego i nie posiadał profesjonalnego wsparcia w tym zakresie, z całą mocą należy podkreślić w takiej sytuacji, oczywistość co najmniej wezwania do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sytuacji nie występuje także stan faktyczny wskazany w cytowanym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 2931/13, dlatego argument ten należy uznać za bezprzedmiotowy. Odwołujący zwrócił uwagę na datę wydania tego orzeczenia i znaczące zmiany przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących udostępniania potencjału podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Na potwierdzenie bezspornego faktu wskazanego w oświadczeniu podmiotu trzeciego, iż Odwołujący objęty jest jako podmiot ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, spełniając tym samym warunki udziału w Konkursie oraz potwierdzając błędne działanie Zamawiającego poprzez odrzucenie wniosku Odwołującego, jako dowód Odwołujący załączył pismo sporządzone przez Brokera Ubezpieczeniowego. W jego treści jednoznacznie wskazano model korzystania z zasobu podmiotu trzeciego w konkursie.

W piśmie procesowym z 3 lutego 2022 r. Odwołujący przedstawił dalsze stanowisko procesowe oraz przedstawił dowody w postaci Polisy nr 06.900.365, aneksu do tej Polisy oraz Certyfikatu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego konkursu, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy oraz złożone dowody ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem konkursu.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden inny uczestnik konkursu nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowisko zaprezentowane w piśmie Odwołującego z 3 lutego 2022 r. wraz ze

złożonymi przez niego dowodami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Jako istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy odwoławczej w ocenie Izby jest ustalenie, że termin składania wniosków w konkursie upływał 17 listopada 2021 r.

Z treści Regulaminu konkursu wynika wprost, że sporny warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej, opisany w pkt 1.6 lit. d) Regulaminu konkursu miał następujące brzmienie:

„d) spełnia określony przez Organizatora warunek udziału w Konkursie dotyczący

sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Niniejszy warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Uczestnik konkursu posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł.”

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający zgodnie z pkt 2.2. Regulaminu konkursu należało wraz z wnioskiem złożyć „Oświadczenie o spełnieniu określonego przez Organizatora warunku udziału w Konkursie dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. iż Uczestnik konkursu posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł wg. Załącznika nr 3i do Regulaminu, na potwierdzenie spełniania warunku określonego w ust. 1 pkt 1.6 lit. d).

Wymagana postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób upoważnionych do reprezentowania Uczestnika konkursu lub Uczestników konkursu wspólnie biorących udział w Konkursie.

Zaleca się przesłanie pliku w formacie PDF.” oraz: „5. W przypadku, jeśli Uczestnik

konkursu polega na zasobach innych podmiotów, składa zobowiązanie tych podmiotów o udostępnieniu zasobów zgodnie co do treści z postanowieniami ust. 1 pkt. 1.7. lit. c), wg. Załącznika nr 3g do Regulaminu.

Wymagana postać elektroniczna opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu udostępniającego zasoby.

Zaleca się przesłanie pliku w formacie PDF.”

Jak wynika z pkt 1.7 Regulaminu konkursu, uczestnicy konkursu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w konkursie mogli polegać na zasobach innych podmiotów, na zasadzie art. 118 ustawy Pzp. Wskazano również, że „Uczestnik konkursu, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Konkursie, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zadania konkursowego lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Uczestnik konkursu będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.” Zamawiający określił również w treści Regulaminu konkursu, że „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący Uczestnika konkursu z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych Uczestnikowi konkursu zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia Uczestnikowi konkursu i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zadania konkursowego;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Uczestnik konkursu polega w odniesieniu do warunków udziału w Konkursie dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje zadanie konkursowe, których wskazane zdolności dotyczą.”

Wraz z wnioskiem Odwołujący złożył wymagane oświadczenia na formularzu 3i oraz 3g. Procedura wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. odnoszącego się do posiadania polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej została przez Odwołującego opisana w treści odwołania prawidłowo i szczegółowo i Izba nie będzie w tym miejscu powielać tego opisu.

Jak wynika natomiast ze złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dowodów tj. Polisy nr 06.900.365, aneksu do tej Polisy oraz Certyfikatu, ubezpieczającym jest P.

Bujnowski - Architekt, a ubezpieczonymi są P. B. - Architekt oraz B. ARCHITEKCI Sp. z o.o. Jako okres ubezpieczenia wskazano: 28.07.2021 - 27.07.2022 z tym, że Ubezpieczony B. ARCHITEKCI Sp. z o.o., tj. Odwołujący jest objęty ochroną ubezpieczeniową od dnia

18.12.2021. Powyższe wynika wprost z treści złożonego certyfikatu.

Izba zważyła, co następuje.

Mając na uwadze powyższe ustalenia poczynione w sprawie, w tym zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający w tej sprawie wskazuje, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi mieć charakter realny. Izba podziela również pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym celem warunku w zakresie zdolności ekonomicznej tj. wykazanie się posiadaniem polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia jest, jak słusznie wskazał Odwołujący w treści pisma z 3 lutego 2022 r., to czy dany podmiot jest na terenie ponieść składkę na ubezpieczenie oraz czy jest w takiej kondycji nie tylko finansowej ale również jest podmiotem wiarygodnym, którego ubezpieczyciel będzie chciał objąć ubezpieczeniem.

W ocenie Izby, aby powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego miało charakter realny w zakresie polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, podmiot trzeci powinien zawrzeć stosowną umowę ubezpieczenia na rzecz wykonawcy (w tym przypadku uczestnika konkursu). Tylko wtedy bowiem będzie możliwe wykazanie, że podmiot trzeci jest w stanie ponieść ciężar składki z tytułu opłacenia polisy OC na rzecz wykonawcy. Nie jest wystarczające powołanie się na samą taką możliwość bez zawarcia stosownej umowy w sprawie polisy OC. Po pierwsze, nie miałyby to wówczas charakteru realnego a po drugie, podejście takie byłoby przejawem nierównego traktowania uczestników konkursu, gdzie w uprzywilejowanej pozycji byłby ten, który powoływałby się na potencjał podmiotu trzeciego wobec uczestnika, który powoływałby się na własne zasoby i musiałby mieć na moment składania wniosku zawartą z ubezpieczycielem umowę w sprawie polisy OC.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że umowa taka została zawarta jednak dopiero 17 grudnia 2021 r. z chwilą podpisania aneksu natomiast ochroną Odwołujący został objęty z dniem 18 grudnia 2021 r. Wobec powyższego ustalenia odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Wraz ze złożeniem wniosku zostało przedstawione oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego w ogólnie nie wynikał sposób udostępnienia zasobów w celu wykazania spełnienia spornego warunku, w tym nie został opisany sposób ich udostępnienia. Powołanie się podczas rozprawy jedynie na gotowość do objęcia ubezpieczeniem podmiotu trzeciego Odwołującego, jest w ocenie Izby niewystarczająca dla uznania realnego charakteru udostępnienia tego potencjału, z powodów wskazanych powyżej. Nie ma wątpliwości, że faktycznie objęcie Odwołującego polisą podmiotu trzeciego nastąpiło dopiero z dniem wystosowania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia oświadczenia bądź zmiany podmiotu trzeciego w taki sposób aby nie było wątpliwości co do realności powołania się na ten potencjał, bądź ewentualnie powołania się na własne zasoby. Warunek dotyczył posiadania polisy OC, a nie samej możliwości jej posiadania. Co więcej, spełnienie tego warunku należało wykazać wraz ze złożeniem wniosku, stąd też w ocenie Izby Odwołujący powinien być objęty polisą OC podmiotu trzeciego udostępniającego mu swój potencjał w tym zakresie już na dzień składania wniosków o udział w konkursie, co niewątpliwie nie miało miejsca.

Odnosząc się do treści uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego oświadczenia podmiotu trzeciego wskazać należy, że opis sposobu udostępnienia zasobu mógł być dla Zamawiającego wątpliwy. Z jednej strony opis ten sugerował objęcie Odwołującego polisą

OC podmiotu trzeciego, z drugiej jednak nie był to opis pełny, nie wskazywał precyzyjnie na dane umowy tj. chociażby od kiedy Odwołujący jest taką ochroną objęty, nie wskazywał na ubezpieczyciela. Dodatkowo wskazując na podstawę dysponowania, tj. umowę cywilnoprawną bez sprecyzowania o jaką umowę dokładnie chodzi, Zamawiający mógł mieć wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów, skoro w tym przypadku realność może być zapewniona przez zawarcie stosownej umowy ubezpieczenia na rzecz wykonawcy (uczestnika konkursu).

Dlatego też, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, wobec ustaleń poczynionych podczas postępowania odwoławczego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: