

Sygn. akt: KIO 1771/11

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2011 roku przez wykonawcę **TECHNIKA SANITARNA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdynia**, w imieniu którego działa **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Ewy Ostrzyniewskiej-Patyny** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Platan” **Ewa Ostrzyniewska-Patyna** z siedzibą w Gdyni, zgłaszającej przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** wykonawcę **TECHNIKA SANITARNA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **TECHNIKA SANITARNA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Odwołującego** wykonawcy **TECHNIKA SANITARNA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz Zamawiającego **Gminy Miasto Gdynia**, w imieniu którego działa **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni** kwotę 688,26 gr (słownie: sześćset osiemdziesięciu ośmiu złotych, dwudziestu sześciu groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczoną rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W **dniu 18 sierpnia 2011 roku**, pismem z dnia 17 sierpnia 2011 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 ust. 1 oraz art. art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca firma **TECHNIKA SANITARNA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni**.

Odwołanie dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na oczyszczanie zimowe i pozimowe dróg na terenie miasta Gdyni, podzielonego na części AI, AII, BI, DI, BII, CII, DII i wnoszone jest od czynności polegającej na dokonaniu wyboru w zadaniu DI, oferty złożonej przez wykonawcę „PLATAN” Ewa Ostrzyniewska - Patyna, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiającemu zarzucono również naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert oraz wykluczenie z postępowania wykonawcy „PLATAN”, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że powiadomienie o dokonanej czynności wyboru oferty zostało mu przekazane w dniu **8 sierpnia 2011 roku**. Zatem termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp został zachowany. Kopia odwołania w dniu 17 sierpnia 2011 roku została przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na siedem części. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został sporządzony odrębnie dla każdego z zadań, z uzależnieniem wymagań od wielkości poszczególnych części zamówienia. W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia w zadaniu oznaczonym jako część DI, Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o realizację tego zadania wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował co najmniej jedną usługę wykonywaną na terenie zurbanizowanym, polegającą na stałym zimowym utrzymaniu dróg, obejmującą nie mniej niż 30 km dróg i pełnieniu całodobowego dyżuru, łącznie przez minimum 6 miesięcy.

Dla udokumentowania spełniania tego warunku wykonawca „Platan” posłużył się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, którym jest firma „Tereny Zielone” Sp. j. Marianna Kędziora, Marek Kędziora, wymieniając w wykazie zrealizowanych zadań

usługę wykonaną przez ten podmiot na rzecz Miasta Kwidzyna. Do oferty załączono referencje potwierdzające należyte wykonanie usług.

Odwołujący stwierdza, że wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wybrany wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (wiedzą i doświadczeniem), przez cały okres realizacji zamówienia. Do oferty wykonawcy „PLATAN” zostało co prawda załączone oświadczenie podmiotu „Tereny Zielone” Sp. j. o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, jednakże oświadczenie to jest bardzo lakoniczne, nie dające Zamawiającemu praktycznie żadnej wiedzy o sposobie użyczenia tego doświadczenia oraz o roli, jaką w realizacji zamówienia będzie pełnił podmiot użyczający potencjału.

Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa. Zatem udzielenie potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia musi być związane z uczestnictwem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Obowiązek uczestnictwa nie oznacza, że podmiot musi występować w charakterze podwykonawcy, lecz może ono być zrealizowane poprzez świadczenie doradztwa, porad, uczestniczenie w rozwiązywaniu problemów związanych z realizacją zamówienia itp. Wskazano jednakże, że deklaracja o udostępnieniu swojej wiedzy i doświadczenia, którą ustawa Pzp wymienia jako szczególny przykład dowodu na dysponowanie zasobami, musi zawierać informacje niezbędne do oceny przez Zamawiającego, czy wykonawca składający ofertę rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje się, iż dysponowanie udostępnionymi przez podmiot trzeci zasobami musi być jednoznaczne, nie może być przedmiotem domysłów zamawiającego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu.

W jednym z wyroków KIO orzeczono, iż w sytuacji gdy w oświadczeniu o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia brak w ogóle informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenia w realizację zamówienia, zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednimi zasobami.

Oświadczenie złożone przez podmiot „Tereny Zielone” Sp. j. nie zawiera żadnej ze wskazanych powyżej informacji. O uczestnictwie tego podmiotu w realizacji zamówienia nie ma także żadnej wzmianki w innych dokumentach złożonych wraz z ofertą. Zamawiający nie

miał więc prawa uznać, że wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych w przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów, nie może polegać tylko na załączeniu do oferty wykazu robót wykonanych przez ten podmiot oraz referencji potwierdzającej należyte ich wykonanie, bo to prowadziłoby do działań pozornych. Dokumenty te wraz z lakonicznym oświadczeniem o udostępnieniu zasobów nie dowodzą, że wykonawca będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem przez cały czas realizacji zamówienia, a więc nie potwierdzają także, że wykonawca „PLATAN” spełnia warunki udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Z powodów opisanych powyżej Odwołujący wnosił, jak we wstępie.

W dniu **19 sierpnia 2011 roku**, na podstawie art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp złożono oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego do odwołania.

Zgłaszający przystąpienie nie zgadza się ze stanowiskiem i argumentacją Odwołującego i w związku z tym wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Interes zgłaszającego przystąpienie w przystąpieniu do postępowania odwoławczego polega na tym, że w wypadku oddalenia odwołania podtrzymana zostanie decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej pod względem jednego kryterium oceny ofert czyli ceny.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego podniesione przez Odwołującego zarzuty są w świetle obowiązujących przepisów prawa bezzasadne.

Warunkiem udziału w powyższym postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku składania oferty na części DI, było wykazanie co najmniej 1 usługi wykonywanej na terenie zurbanizowanym, polegającej na stałym zimowym utrzymaniu dróg, obejmującej długość dróg nie mniejszą niż 30 km i całodobowy dyżur, łącznie przez minimum 6 m-cy, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługa(-i) zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Jednocześnie w rozdziale 4 pkt 4.5 siwz Zamawiający wskazał, że 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 wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, sekcja III pkt III.2.3) oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział 5 pkt. 5.1 Zamawiający wskazał, że oceni, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla części 4 (rejon DI). W tym celu Zamawiający żądał, aby wykonawca załączył do oferty następujące dokumenty:

1) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, o treści odpowiadającej załącznikowi nr 5 do siwz,

2) dokumenty potwierdzające, że wykazane w załączniku nr 5 do siwz usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

3) pisemne zobowiązanie podmiotów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w przypadku, gdy wykonawca polega 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. Wzór zobowiązania stanowił załącznik nr 6 do siwz.

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (rozdział 4 pkt 4.1 siwz), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 5.4 w rozdziale 5 siwz.

Wykonawca – „PLATAN” Ewa Ostrzyniewska-Patyna w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na część 4 (rejon DI) załączył do oferty Wykaz usług- załącznik nr 5 (strona 7 i 8 oferty), w którym w pkt 2 powołuje się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu – „TERENY ZIELENI” Marianna Kędziora, Marek Kędziora Spj. z siedzibą w Kwidzynie. Z załączonego wykazu wynika, że firma TERENY ZIELENI Marianna Kędziora, Marek Kędziora Sp.j. wykonywała usługi zimowego utrzymania dróg i sprzątnięcia pozimowego w okresie od 01.2010 do 31.12.2010, czyli łącznie przez 6 miesięcy, na 45 km długości dróg. Usługa wykonana została na rzecz Urzędu Miejskiego w Kwidzynie. Do oferty załączono referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi, wystawione przez Urząd Miejski w Kwidzynie, z których wynika, iż ten inny podmiot w ramach powyższej usługi pełnił również całodobowy dyżur.

Zgodnie z wymogami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również zapisami wynikającymi z ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, inny podmiot – „TERENY ZIELENI” Marianna Kędziora, Marek Kędziora Sp. j. załączył do oferty „Zobowiązanie podmiotu/ów

oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby" wykazanych w załączniku nr 5 (strona oferty nr 9).

Jednocześnie Wykonawca wskazał, że przy realizacji zamówienia będzie korzystał z podwykonawcy w zakresie doradztwa (karta oferty nr 32), a do jego oferty załączone zostały również dokumenty podmiotowe innego podmiotu – „TERENY ZIELENI” Marianna Kędziora, Marek Kędziora Sp. j, o których mowa w rozdziale 4 pkt 4.1 siwz. Kopie dokumentów innego podmiotu zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Z załączonych do oferty Wykonawcy dokumentów innego podmiotu takich jak: wykaz usług, referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi, zobowiązanie podmiotu/ów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazanie podwykonawstwa w zakresie doradztwa, dokumenty podmiotowe innego podmiotu. Zamawiający wywnioskował, iż będzie on brał udział w realizacji części zamówienia.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego uzupełnił w wyniku wezwania brakujące dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego. To potwierdziło wcześniejsze domniemanie Zamawiającego, że inny podmiot udostępniający Wykonawcy wiedzę i doświadczenie, będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, gdyż tylko w takim przypadku Wykonawca zobowiązany był dostarczyć powyższe dokumenty innego podmiotu,

Nadmienić należy, że zgodnie z obowiązującym Prawem zamówień publicznych oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, nie ma obowiązku uczestniczenia innego podmiotu, udostępniającego niezbędne zasoby, w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Zdaniem Zamawiającego nieuwzględnienie oświadczenia o udostępnieniu doświadczenia na rzecz Przystępującego przez inny podmiot – „TERENY ZIELENI” Marianna Kędziora, Marek Kędziora Sp. i., jako wystarczającego do wykazania możliwości wykorzystania przez Wykonawcę tego doświadczenia nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stwierdza jednoznacznie, że 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 wykonywaniu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, Firma „TERENY ZIELENI” Marianna Kędziora, Marek Kędziora Sp. j. udzieliła pisemnego zobowiązania do oddania do

dyspozycji Przystępującemu, niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Ustawodawca nie określa więc charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę i podmiotów, w ramach których to stosunków podmioty udostępnią zasoby wykonawcy, a jedynie nakłada obowiązek przedstawienia pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania tych zasobów wykonawcy. Wykonawca spełnił ustawowy obowiązek wynikający z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i wymagań określonych przez Zamawiającego powołanych powyżej, gdyż do oferty załączył wymagane zobowiązanie.

Nie uznanie przez Zamawiającego dokumentów podmiotu innego, który złożył pisemne zobowiązanie do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedza i doświadczenie) stoi, zdaniem Zamawiającego, w sprzeczności z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. Przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych zezwalają wykonawcom na korzystanie z potencjału technicznego, wiedzy, doświadczenia czy środków finansowych należących do innych podmiotów. Zgodnie z treścią art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, co też Wykonawca uczynił.

Jednym z dowodów, którymi może się posłużyć wykonawca, jest „stosowne zobowiązanie innych podmiotów”. Przedmiotowy dokument powinien zawierać zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji określonych zasobów na czas wykonania świadczenia. Niewątpliwie takie zobowiązanie musi mieć charakter prawnie wiążącego, chociaż nie musi przybrać formy definitywnej umowy. Podobnie jak polskie tłumaczenie dyrektywy 2004/18/WE inne wersje językowe posługują się sformułowaniem, które można tłumaczyć właśnie jako „zobowiązanie” lub „przyrzeczenie” i jakkolwiek owe „zobowiązanie” lub „przyrzeczenie” musi być prawnie doniosłe na gruncie właściwego porządku prawnego, to jednak jego charakter prawny (umowa, jednostronna czynność prawna itp.) może być zróżnicowany w zależności od specyfiki danego reżimu krajowego. Analizując „element świadczenia”, to w polskim piśmiennictwie świadczenie ujmowane jest jako zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Tak oznaczone świadczenie dłużnika sprowadza się nie tylko do samego działania, polegającego na „oddaniu do dyspozycji”, lecz z zachowaniem się dłużnika związany jest przedmiot świadczenia, ogólnie określony przez ustawodawcę jako „niezbędne zasoby”.

Z powyższego wynika, iż wykonawca na etapie sprawdzania jego zdolności do realizacji zamówienia nie musi jeszcze posiadać wymaganych zasobów ani nimi

dysponować. Gdyby wykonawca był w posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia, nie musiałby korzystać ze zdolności innych podmiotów, ponieważ samodzielnie byłby w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Cytowane przepisy dotyczą sytuacji, w której wykonawca, przewidując możliwość uzyskania zamówienia, wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje” w zasoby, co do których nie ma pewności, czy zostaną wykorzystane. Wykonawca deklarujący uzyskanie do swojej dyspozycji stosownych zasobów musi udowodnić Zamawiającemu, że jest rzeczywiście zdolny do realizacji zamówienia. Ciężar dowodu na tę okoliczność spoczywa na wykonawcy, który może przekonać zamawiającego za pomocą jakiegokolwiek dokumentu, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie innych podmiotów.

Zamawiający stwierdza, że nie uznanie dokumentów z wykazu zawartego w SIWZ, narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. art. 26 pkt 2b ustawy Pzp i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Podobne stanowisko prezentowały składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej w wyrokach sygn. KIO 166/2011, KIO sygn. KIO 1671/2010, KIO 1452/10.

W świetle powyższego przedstawione przez Wykonawcę dokumenty na potwierdzenie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, są prawidłowe i zgodne z wymogami określonymi w siwz. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana

jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert – 100% cena, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących wykonawcy wybranego, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że uwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 120-199009 w dniu 25 czerwca 2011 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 81 118 371,12 zł, co stanowi równowartość 21 130 087,43 euro.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 4 (DI) wynosi 4 122 135,10 zł brutto.

Zamawiający w rozdziale 4 *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* w przypadku części 4 w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – co najmniej 1 usługi wykonywanej na terenie zurbanizowanym, polegającej na stałym zimowym utrzymaniu dróg, obejmującej długość dróg nie mniejszą niż 30 km i całodobowy dyżur, łącznie przez minimum 6 m-cy, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługa (-i) zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zgodnie z brzmieniem pkt 4.5. Rozdziału 4 SIWZ wykonawcy mogli 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 był do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności do przedstawienia w tym celu pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie takie należało złożyć zgodnie z regułami określonymi w Rozdziale 5 SIWZ, dotyczącym *Informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* (pkt. 5.1.7). Zgodnie z treścią pkt. 5.2. tego rozdziału, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (rozdział 4 pkt 4.1 SIWZ), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 5.4. w rozdziale 5 SIWZ, tj. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Na podstawie pkt 5.5. SIWZ wraz z ofertą należało złożyć również wykaz części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom o treści odpowiadającej załącznikowi nr 7 do SIWZ wraz ze wskazaniem zakresu wykonywanych prac przez podwykonawców.

W SIWZ jako załącznik nr 6 znajdował się wzór zobowiązania podmiotów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu niezbędnych zasobów o następującej treści. *"Zobowiązuję się do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów, wykazanych w załączniku/załącznikach nr 5 na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia"*, tj. zobowiązanie o treści odpowiadającej wzorowi, stanowiącemu Załącznik nr 6 do SIWZ oraz dokumenty pochodzące od podmiotu trzeciego. Oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą.

W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i wnosił, że wybranego wykonawcę należy z postępowania wykluczyć, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie mogły zostać uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego i argumentacji dotyczącej niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wybranego wykonawcę, Izba stwierdziła, że **zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstw, jakie daje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić, 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 wykonywaniu zamówienia.

Analiza złożonych przez Przystępującego dokumentów, tj. pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, wykazu z określeniem zakresu podwykonawstwa oraz dokumenty podmiotowe podmiotu trzeciego, na doświadczenie, którego powołuje się Przystępujący wskazują, że wykonawca ten spełnił wymogi Zamawiającego sprecyzowane w SIWZ.

Odwołujący w odwołaniu postuluje, że wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisów art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wybrany wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (wiedzą i doświadczeniem), przez cały okres realizacji zamówienia. Przyznano co prawda, że do oferty wykonawcy „PLATAN” zostało załączone oświadczenie podmiotu „Tereny Zielone” Sp. j. o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, jednakże, zdaniem Odwołującego, *oświadczenie to jest bardzo lakoniczne, nie dające Zamawiającemu praktycznie żadnej wiedzy o sposobie użyczenia tego doświadczenia oraz o roli, jaką w realizacji zamówienia*

będzie pełnił podmiot użyczający potencjału.

Z twierdzeniami zawartymi powyżej nie można się zgodzić. Po pierwsze, wykonawca PLATAN złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów na druku i o treści określonej przez samego Zamawiającego. Sam zatem dysponent i autor SIWZ określił już na wstępie postępowania, jakie informacje uzna za wystarczające dla udowodnienia posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Być może to oświadczenie jest lakonicznym, a skład orzekający nie podziela tegoż twierdzenia, jednakże taka treść oświadczenia była wymagana. Dostrzeżenia również wymaga fakt, że w ofercie Odwołującego znajduje się oświadczenie o identycznej treści, różniące się jedynie zakresem udostępnianego zasobu. Ponadto, w ocenie składu orzekającego, w zobowiązaniu znajdują się wszystkie informacje, które niezbędne są do identyfikacji podmiotu udostępniającego (z oświadczenia wynika kto udostępnia zasób), jest tam odwołanie do odpowiedniego załącznika SIWZ, a zatem z oświadczenia wynika zakres, w którym zasób jest udostępniany oraz że zasób jest udostępniany na okres wykonywania zamówienia. Zastrzeżeń nie budzi również sposób reprezentacji użyczającego zasób, w związku z załączeniem do oferty Przystępującego dokumentów rejestrowych użyczającego. W ofercie znajduje się także załącznik dotyczący podwykonawstwa i w jakim zakresie będzie ono realizowane/powierzone, zatem wszystkie dokumenty rozpatrywane łącznie dały Zamawiającemu niezbędną wiedzę na temat korzystania przez wykonawcę z instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W dalszej części odwołania Odwołujący podnosił, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa. Niewątpliwie jest to twierdzenie słuszne. Dlatego też w ocenie Odwołującego, udzielenie potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia musi być związane z uczestnictwem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia.

W odniesieniu do powyższych twierdzeń skład orzekający Izby wskazuje, iż w przypadku instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp brak jest, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolitego stanowiska. Jedną z linii orzeczniczych stoi za stanowiskiem, iż celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest przedłożenie dowolnego dokumentu wskazującego, iż podmiot trzeci udostępnia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego swoje zasoby. W ramach drugiego poglądu w takim wypadku, celem zapewnienia ochrony interesów podmiotu zamawiającego, konieczne jest wykazanie w jakiegokolwiek formie udział tego podmiotu w części lub całości zamówienia.

Stwierdzając powyższe, dalej sam Odwołujący wskazuje, że obowiązek uczestnictwa nie oznacza, że podmiot musi występować w charakterze podwykonawcy, lecz może ono być zrealizowane poprzez świadczenie doradztwa, porad, uczestniczenie w rozwiązywaniu

problemów związanych z realizacją zamówienia itp.

Taka sytuacja i takie udostępnienie zasobów zostało przewidziane przez Przystępującego, który w zakresie podwykonawstwa wskazał na „doradztwo”. A skoro polegał w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, to do tego zasobu należy odnosić zakres podwykonawstwa i charakter uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia. Skład orzekający Izby, w tej w tym konkretnym przypadku uznał, że możliwość skorzystania z zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wiązać musiała się z wykazaniem podwykonawstwa, czyli uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia. Uznano jednakże, że prawidłowo wykazano zakres podwykonawstwa i charakter jego realizacji, to zaś było wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podkreślał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje się, iż dysponowanie udostępnionymi przez podmiot trzeci zasobami musi być jednoznaczne, nie może być przedmiotem domysłów Zamawiającego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu. Ponownie zauważyć należy, iż niewątpliwie są to twierdzenia prawdziwe, których doniosłości i oczywistości, skład orzekający rozpoznający niniejsze odwołanie, nie neguje. Odwołujący nie wskazał jednak w jakim zakresie w przywołanego powyżej, dokumenty złożone przez Przystępującego nie odpowiadają tym wymaganiom.

W ocenie składu orzekającego treść dokumentów złożonych przez Przystępującego zawiera co najmniej minimalne dane pozwalające na identyfikację samych stron, zakresu udostępniania oraz jego podstawy, określono zasady współpracy w związku z udostępnianiem oraz cel i czas udostępniania, jak również zawarto oświadczenie wykonawcy o zamiarze skorzystania z zasobów innego podmiotu w związku z realizacją przedmiotu objętego postępowaniem na formularzu ofertowym.

W ocenie Izby wykonawca „PLATAN” – Przystępujący uczynił zadość żądaniom Zamawiającego dołączając zobowiązania podmiotów udostępniających swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, dołączając wykaz usług i listy referencyjne wystawione na rzecz wskazanych powyżej podmiotów, jak również precyzując zakres czynności, które zamierza im powierzyć do wykonania jako podwykonawcom w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To zaś prowadzi do wniosku, że deklaracja o udostępnieniu swojej wiedzy i doświadczenia, którą ustawa Pzp wymienia jako szczególny przykład dowodu na dysponowanie zasobami, zawierała, wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacje niezbędne do oceny przez Zamawiającego, czy wykonawca składający ofertę rzeczywiście

spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę zamieszczone w wykazie informacje oraz oświadczenia złożone przez Przystępującego, nie można stwierdzić, by Odwołujący wykazał, że wykonawca ten nie spełnia warunku w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem, a decyzja o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp byłaby uzasadnioną.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów i nakazania Zamawiającemu w oparciu o zarzuty i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu z postępowania wykonawcy „PLATAN” i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Zamawiającego, w tym koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby.

Przewodniczący:

.....