

Sygn. akt: KIO 196/16

**WYROK
z dnia 25 lutego 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2016 r. przez Odwołującego: Klin-Logistic sp. z o. o. z siedzibą w Wąbiewie, Wąbiewo 26, 61-064 Kamieniec w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Śrem Urząd Miejski w Śremie, Pl. 20 Października 1, 63-100 Śrem

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Klin-Logistic sp. z o. o. z siedzibą w Wąbiewie, Wąbiewo 26, 61-064 Kamieniec i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Klin-Logistic sp. z o. o. z siedzibą w Wąbiewie, Wąbiewo 26, 61-064 Kamieniec tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Śrem Urząd Miejski w Śremie, Pl. 20 Października 1, 63-100 Śrem wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta i wsi gminy Śrem na lata 2016-2018” o znaku BP.271.30.2015.BS/2.

W dniu 5 lutego 2016 r. Odwołujący: Klin-Logistic sp. z o. o. z siedzibą w Wąbiewie, Wąbiewo 26, 61-064 Kamieniec powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego w części III zamówienia i o unieważnieniu przetargu w części I i II, a także o wykluczeniu go z tego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 15 lutego 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i wykluczenie wykonawcy Klin- Logistic sp. z o. o. w sytuacji braku spełnienia przesłanki niewykazania warunków udziału w postępowaniu;

2. art, 26 ust 2b i 2e ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na błędnym przyjęciu przez zamawiającego, iż dostarczenie przez wykonawcę Klin-Logistic sp. 2 o. o. nie jest wystarczającym dla udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i odrzucenie oferty wykonawcy Klin-Logistic sp. z o. o. w sytuacji braku przesłanek do wykluczenia tegoż wykonawcy;

4. art 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i unieważnienia postępowania w zakresie części I i II zamówienia w sytuacji nierozważenia oferty nieprawidłowo wykluczonego wykonawcy Klin-Logistic sp. z o. o.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wobec treści zaskarżonych rozstrzygnięć Zamawiającego wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie całości zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty wykonawcy Klin-Logistic sp. z o. o. w zakresie części I, II i III zamówienia;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie wykluczenia z postępowania wykonawcy Klin- Logistic sp. z o. o. w zakresie części I, II i III zamówienia;
4. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego w zakresie części I i II zamówienia;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy Klin-Logistic sp. z o. o. kosztów niniejszego postępowania odwoławczego wraz kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odnosząc się do podniesionych powyżej zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy ustalił, iż podmioty, z których potencjałów Klin-Logistic sp. z o. o. korzystałby przy realizacji zamówienia, nie wskazały, w jaki sposób przedmiotowe zasoby będą udostępnione.

Według Odwołującego okoliczność ta dotyczy wszystkich podmiotów, na których potencjał powołuje się w swojej ofercie Klin-Logistic sp. z o. o., tj.:

1. CHEMEKO-System sp. z o. o.,
2. F.U. EKO-KAR sp. z o. o. SP.K,
3. Employment sp. z o. o.,
4. P.H.P. P. O. .

Zauważył przy tym, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Zaznaczył również, że wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Wskazał, że istotne jest, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby rzeczywiste wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia.

Stwierdził, że wprost wskazał na cywilnoprawny charakter zobowiązania, a także przedłożył oświadczenia dot. zobowiązania się zgodnego z warunkami zamówienia udostępniania.

Dodatkowo podkreślił, iż wskazany w treści przepisu art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp sposób udowodnienia nie jest jedynym możliwym, ani też jedynym niezbędnym, bowiem ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w sposobie udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Poza tym zaznaczył także, iż wbrew treści przepisu art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp zamawiający żąda udowodnienia dysponowania udostępnionymi zasobami przez cały okres realizacji zamówienia, podczas gdy przytoczony powyżej przepis mówi jedynie o dysponowaniu tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy udowodnienie zamawiającemu okoliczności dysponowania takim zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, wskazując na szczególny dowód, mianowicie pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W kontekście powyższego oświadczył, że stosowne wyjaśnienia wykonawca przedłożył Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2016 r.

W zakresie dysponowania udostępnionym potencjałem finansowym wykonawca wskazał, iż przedstawione przez niego oświadczenia zarówno Firmy Usługowej EKO-KAR sp. z o. o. sp. k. (dalej: „EKO-KAR”), jak i Przedsiębiorstwa Handlowo Przemysłowego P. O. (dalej: „PHP P. O.”) zostały już załączone do przedłożonej uprzednio oferty.

Stwierdził przy tym, że dokumentację tę wykonawca przedłożył zamawiającemu wraz z odpowiednią dokumentacją pochodzącą od instytucji finansujących, czym w jednoznaczny sposób wykonawca udowodnił, iż EKO-KAR i PHP P. O. rzeczywiście dysponują wymaganym potencjałem finansowym.

Nadto zwrócił uwagę, iż oba podmioty, tj. EKO-KAR i PHP P. O. w przedłożonych uprzednio oświadczeniach zobowiązały się wobec wykonawcy do udostępnienia tegoż potencjału.

Zdaniem Odwołującego za bezpodstawne należy uznać żądanie jakiegokolwiek dodatkowej dokumentacji wykazującej rzeczywiste dysponowanie przez wykonawcę potencjałem finansowym, a w szczególności nie jest wymagane zawieranie przez wykonawcę z podmiotem udostępniającym jakiegokolwiek odrębnej umowy.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie obu podmiotów udostępniających ma charakter wiążący na gruncie prawa cywilnego, tym bardziej, że przepisy Kodeksu cywilnego, ani też żadnej innej ustawy nie wymagają od tego typu porozumień jakiegokolwiek formy szczególnej, w związku z czym zasadny jest wniosek, iż całkowicie wystarczająca jest choćby forma ustna.

W przekonaniu Odwołującego przedłożony przez niego dokument wykazujący zobowiązanie EKO-KAR i PHP P. O. względem wykonawcy należy uznać za całkowicie wystarczający i daleko przekraczający stawiane wymogi.

Zdziwienie Odwołującego budzi fakt, iż Zamawiający zakwestionował okres, na jaki udostępniono wykonawcy potencjał finansowy obu podmiotów.

Zarzucił, że Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, nie zapoznawszy się uprzednio w sposób wystarczająco dokładny z przedłożoną przez wykonawcę dokumentacją, ponieważ z oświadczeń obu podmiotów udostępniających wynika, iż „potencjał finansowy oddany do dyspozycji Klin-Logistic sp. z o. o. w Wąbiewie zgodnie z pkt. 2 powyżej, pozostanie w dyspozycji Klin-Logistic sp. z przez cały okres wykonywania przez ww. spółkę zamówienia na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta i gminy Śrem na lata 2016-2018” dla ogłoszenia, którego Gmina Śrem nadała znak nr BP.271.30.2015.BS”.

Według Odwołującego wezwanie w zakresie przedłożenia dokumentów w zakresie sposobu wykorzystania zasobów finansowych innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia należy uznać za całkowicie bezzasadne, gdyż z jednej strony ogłoszenie o przedmiotowym przetargu nie przewidywało sposobu wykorzystania potencjału finansowego, a z drugiej zaś strony, oświadczenia obu podmiotów udostępniających w sposób wyraźny wyeksplikowały udostępnienie tegoż potencjału na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, o którym mowa jest w ogłoszeniu nr BP.271.30.2015.BS, a które to ogłoszenie było znane tymże podmiotom.

Odwołujący stwierdził, że powyższe wywody, co do zasady w całości należy odpowiednio odnieść do udostępnienia wykonawcy potencjału technicznego w postaci pojazdów mechanicznych, z tym jednak zastrzeżeniem, iż wykonawca przedstawił

zamawiającemu zestawienie enumeratywnie wymienionych pojazdów z podaniem dokładnej nazwy i numeru rejestracyjnego.

Oświadczył przy tym, że załączone zostały dokumenty dotyczące wszystkich pojazdów, które będą wykorzystywane przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż EKO-KAR udostępnił wykonawcy potencjał techniczny na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, jak i na cały okres tejże realizacji.

W przekonaniu Odwołującego udostępnienie to ma również charakter wiążącego zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym, dla którego ważności przepisu prawa cywilnego nie wymagają formy choćby pisemnej.

Dotyczy to, co do zasady w całości także udostępnienia wykonawcy potencjału wiedzy i doświadczenia, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w przypadku zarówno CHEMEKO-SYSTEM sp. z o. o., jak i EKO-KAR wykonawca przedłożył również stosowne referencje i zaświadczenia potwierdzające, że podmioty te same dysponują odpowiednim doświadczeniem i wiedzą w zakresie wymaganym przez warunki przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż oba podmioty udostępniły wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, a udostępnienie to ma formę także wiążącego zobowiązania cywilnoprawnego, dla którego ważności przepisu prawa cywilnego nie wymagają formy choćby pisemnej.

Dalej Odwołujący argumentował, że podobnie rzecz wygląda w przypadku potencjału osobowego, który został wykonawcy udostępniony przez EKO-KAR, PHP P. O. i Employment sp. z o. o. w Wąbiewie.

Odwołujący podniósł, że powyższe wywody, co do zasady w całości należy odpowiednio odnieść do udostępnienia wykonawcy potencjału osobowego, a oświadczenia podmiotów udostępniających mają charakter wiążącego, cywilnoprawnego zobowiązania do spełnienia na rzecz wykonawcy omawianego świadczenia.

Zobowiązanie to wprost przewiduje, iż udostępnienie nastąpi na okres i potrzeby realizacji zamówienia, którego ogłoszenie o przetargu było podmiotom udostępniającym oczywiście znane.

Dla Odwołującego oczywistym jest, iż z uwagi na różny charakter zasobów podlegających udostępnianiu przepisy Pzp nie określają uniwersalnej treści zobowiązania.

W przedmiotowych okolicznościach dla Odwołującego bezspornym powinno być, iż wszystkie podmioty trzecie, udostępniające wykonawcy swoje potencjały pisemnie zobowiązały się do tegoż udostępniania, a zobowiązanie to ma charakter bezsprzecznie cywilnoprawny i z całą pewnością wykonawca mógłby dochodzić ich realizacji.

Odwołujący zaznaczył, iż w kontekście udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenie nie sposób uznać, aby udostępniane przez Chemeko-System sp. z o. o. wiedza i doświadczenie sprowadzały się jedynie do przekazania wykonawcy uzyskanych referencji, bowiem przedłożył on Zamawiającemu pisemne oświadczenie Chemeko-System sp. z o. o., iż w toku realizacji przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia zapewni on Odwołującemu niezbędną wiedzę w postaci szkoleń i poradnictwa, które rozpoczną się na etapie jeszcze przed rozpoczęciem realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego nie sposób przyjąć, aby bezpośredni współudział Chemeko-System sp. z o. o. w realizacji przez wykonawcę zamówienia byłby jedyną możliwością przekazania stosownej wiedzy i doświadczenia, bowiem kluczowe jest, iż Klin-Logistic sp. z o. o. udowodnił zamawiającemu, iż w całym okresie planowanej realizacji zamówienia będzie miał zagwarantowane wsparcie w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia ze strony Chemeko-System sp. z o. o., której to spółki referencje nie były w żaden sposób kwestionowane.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z pkt. 6.3 SIWZ stanowiącego załącznik do ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zarzucił Zamawiającemu, iż na etapie publikowania ogłoszenia nie przewidział żadnych dodatkowych dokumentów udowadniających czynny udział podmiotów trzecich, a w szczególności nie wymagał przedstawienia jakiegokolwiek umowy czy też wykazania sposobu udostępniania, mimo że teoretycznie był do tego uprawniony.

Postępowanie takie Odwołujący potraktował jednak jako słuszne, gdyż z trudem znaleźć można racjonalne uzasadnienie dla ingerencji zamawiającego w cywilnoprawnej stosunki zobowiązaniowe pomiędzy wykonawcą a podmiotami trzecimi, a zgodnie z przedmiotowym SIWZ warunkiem wystarczającym dla udowodnienia spełnienia warunków było przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Poza tym Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust 2e ustawy Pzp podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Wskazał, że tożsame brzmienie przyjął w pkt 6.3 zd. 3 przedmiotowego SIWZ.

Stwierdził, że za błędne i niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, zgodnie, z którym w wątpliwość poddawana jest realność udostępnienia potencjałów, bowiem należy się liczyć z faktem, iż podmioty trzecie, które zobowiązały się udostępnić dane zasoby ponosić będą odpowiedzialność solidarną w przypadku nieudostępnienia tych zasobów.

Zdaniem Odwołującego w przypadku, gdy Chemeko-System sp. z o. o. odmówi prowadzenia szkoleń lub dzielenia się doświadczeniem w inny sposób z wykonawcą, ponosić będzie odpowiedzialność odszkodowawczą wobec Zamawiającego.

Zaznaczył przy tym, iż nie jest w tym przypadku wymagane żadne dodatkowe oświadczenie woli w tym zakresie, gdyż odpowiedzialność na zasadach solidarności wynika wprost z przepisu ustawy, bowiem zgodnie z przepisem art. 369 kodeksu cywilnego zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej.

W ocenie Odwołującego na zasadzie solidarnej biernej dłużników wobec zamawiającego za ew. szkody powstałe w wyniku nieudostępnienia zasobów odpowiadać będą również inne podmioty, tj, PHP Przemysław Olejnik, Employment sp. z o. o., Chemeko-System sp. z o. o.

Odwołujący stwierdził, że udostępnienie zasobów musi być rzeczywiste, a sposób korzystania z danego zasobu musi zapewniać prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Jednak Zamawiający, bez zastosowania obligatoryjnego trybu z art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych nie ma podstaw do przesądzenia w sposób ostateczny, że wykonawca nie korzysta w sposób rzeczywisty z zasobów innego podmiotu oraz, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia i tym samym wykluczyć wykonawcy.

Udział ten musi mieć miejsce w przypadku korzystania z zasobu w postaci doświadczenia podmiotu trzeciego, przy czym niekoniecznie musi on przybierać postać podwykonawstwa, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie.

W ocenie Odwołującego za błędne i niezgodne ze zgromadzonym w toku postępowania przetargowego materiałem, w szczególności w postaci oświadczeń dostarczonych przez Klin-Logistic sp. z o. o. należy uznać twierdzenie zamawiającego, iż zakwestionować należy realność udostępnienia wykonawcy swoich zasobów przez podmioty trzecie.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca nie musi udowadniać, że w dniu, w którym upływa termin składania ofert, dysponuje zasobem podmiotu trzeciego, ale że będzie nim dysponował w trakcie realizacji zamówienia.

Trudno oczekiwać od wykonawców, by dysponowali cudzymi zasobami w dniu wyznaczonym na składanie ofert w sytuacji, gdy nie mogą mieć pewności, z kim zostanie zawarta umowa, w jakim terminie to nastąpi oraz kiedy przystąpią do realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż w oświadczeniach złożonych przez wykonawcę zawarta została deklaracja oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia przez czas jego trwania.

W przekonaniu Odwołującego udowodnił on możliwość posługiwania się wykazanym potencjałem podmiotu trzeciego, a także realność udostępnienia tego potencjału.

Poza tym stwierdził, że z treści złożonego zobowiązania wynika również sposób udostępnienia zasobów, który jednoznacznie potwierdza, że wykonawca opierając się na tych zasobach, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a przede wszystkim zrealizuje zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty z dnia 18 grudnia 2015r. skierowanego do Odwoływającego, pisma Odwoływającego z dnia 21 grudnia 2015r. wraz z załączonymi dokumentami, wezwania Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2016r. do złożenia dokumentów, wyjaśnienia Odwoływającego do powyższego pisma z dnia 14 stycznia 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art.26 ust. 2b i 2e ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 93 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp i §1 ust. 6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231).

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwoływającego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w pkt. 6.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

2.Wiedza i doświadczenie:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek ten Zamawiający określa dla poszczególnych części w następujący sposób:

Część zamówienia nr 1:

Wykonawca wykaże się doświadczeniem, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 usługę odpowiadającą swoim

rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o średniomiesięcznym przychodzie nie mniejszym niż 200.000,00 zł brutto.

Część zamówienia nr 2:

Wykonawca wykaże się doświadczeniem, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o średniomiesięcznym przychodzie nie mniejszym niż 90.000,00 zł brutto.

Część zamówienia nr 3

Wykonawca wykaże się doświadczeniem, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o średniomiesięcznym przychodzie nie mniejszym niż 30.000,00 zł brutto.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

3.Potencjał techniczny:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zamawiający określa następujące wymogi udziału w postępowaniu:

Część zamówienia nr 1 i 2:

Wykonawca zobowiązany jest posiadać bazę magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie gminy Śrem lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy, na terenie do którego posiada on tytuł prawny. Baza magazynowo - transportowa powinna spełniać następujące warunki:

- 1) teren bazy musi być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,
- 2) teren bazy musi być dozorowany całodobowo,
- 3) miejsce przeznaczone do parkowania pojazdów musi być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,
- 4) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych muszą być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,
- 5) teren bazy musi być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy

zgodnie z wymogami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951, 1513 oraz z 2013 r. poz. 21),

6) baza magazynowo - transportowa musi być wyposażona w: miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów,

7) na terenie bazy magazynowo - transportowej powinien znajdować się punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów, o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo- transportowej,

8) na terenie bazy magazynowo - transportowej powinien znajdować się punkt przystosowany do gromadzenia odpadów niebezpiecznych,

Część transportowa oraz część magazynowa bazy może znajdować się na oddzielnych terenach przy jednoczesnym spełnieniu powyższych warunków oraz wymagań.

W zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby:

1) w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne znajdowały się co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,

2) pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości,

3) na terenie bazy magazynowo - transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.

W zakresie wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów należy zapewnić, aby:

1) konstrukcja pojazdów zabezpieczała przed rozwiewaniem i rozpylanie przewożonych odpadów oraz minimalizowała oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady,

2) pojazdy wyposażone były w system: monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdów i miejscach postoju oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów umożliwiający weryfikację tych danych,

3) pojazdy były wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątnięcie terenu po opróżnieniu pojemników,

4) dopuszcza się wyposażenie pojazdów w urządzenie do ważenia odpadów komunalnych.

Część zamówienia nr 3

Wykonawca zobowiązany jest posiadać:

1) Min. 1 samochód wyposażony w hydrauliczny dźwig samochodowy (HDS) przystosowany do odbioru odpadów segregowanych zbieranych w pojemnikach typu "dzwon",

2) Plac magazynowy przeznaczony na odpady stanowiące przedmiot zamówienia.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

4. Osoby zdolne do wykonania zamówienia:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający określa następujące wymogi w zakresie spełniania ww. warunku:

Część zamówienia nr 1:

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej 25 osobami.

Część zamówienia nr 2:

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej 20 osobami.

Część zamówienia nr 3:

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej 8 osobami.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

5.Sytuacja ekonomiczna i finansowa:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać niżej przedstawione warunki udziału:

a) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości:

- część zamówienia nr 1: nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł;
- część zamówienia nr 2: nie mniejszej niż 500.000,00 zł;
- część zamówienia nr 3: nie mniejszej niż 250.000,00 zł.

b) posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w wysokości:

- część zamówienia nr 1: nie mniejszej niż 300.000,00 zł;
- część zamówienia nr 2: nie mniejszej niż 100.000,00 zł;
- część zamówienia nr 3: nie mniejszej niż 100.000,00 zł.

c) Wykazanie rocznego przychodu netto w formie sprawozdania za ostatni rok obrotowy, a jeżeli okres działalności jest krótszy - za ten okres:

- Część zamówienia nr 1: w wysokości nie mniejszej niż 240.000,00 zł;
- Część zamówienia nr 2: w wysokości nie mniejszej niż 200.000,00 zł;
- Część zamówienia nr 3: w wysokości nie mniejszej niż 40.000,00 zł.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać roczny przychód netto:

- W części zamówienia nr 1 i 2: w kwocie 350.000,00 zł;
- W części zamówienia nr 1 i 3: w kwocie 250.000,00 zł;
- W części zamówienia nr 2 i 3: w kwocie 220.000,00 zł;
- W części zamówienia nr 1, 2, 3: w kwocie 400.000,00 zł.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt. 6.3 SIWZ określił wymóg, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając

w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Nadto Izba ustaliła, że Odwołujący w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2016r. skierowanego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp dołączył następujące brakujące dokumenty:

1) użyczenie wiedzy i doświadczenia Chemeko-System sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015r.,

2) użyczenie wiedzy i doświadczenia Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r.,

3) użyczenie potencjału technicznego Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r.,

4) użyczenie osób zdolnych do wykonania zamówienia Employment sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015r.,

5) użyczenie osób zdolnych do wykonania zamówienia P H-P P. O. z dnia 17 grudnia 2015r.,

6) użyczenie osób zdolnych do wykonania zamówienia Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r.,

7) użyczenie potencjału finansowego P H-P P. O. z dnia 17 grudnia 2015r.,

8) użyczenie potencjału finansowego Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r.,

9) dotyczące użyczonego potencjału technicznego.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2016r. wezwał ponownie Odwołującego do złożenia dokumentów wymienionych w §1 ust. 6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231) oraz poinformował go, że wykonawca, który nie udowodni, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i jego oferta zostanie odrzucona, a także pouczył go o prawie do wniesienia odwołania.

W następstwie tego wezwania Odwołujący nie uzupełnił żądanych dokumentów, lecz złożył wyjaśnienia.

Ostatecznie z ustaleń Izby wynika, że w piśmie z dnia 5 lutego 2016r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89. ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp, a także o wykluczeniu go z przetargu na zasadzie Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podając następujące uzasadnienie:

„Z dokumentów złożonych w ofercie firmy Klin-Logistic sp. z o.o. jak i złożonych w dniu 21 grudnia 2015 r. oraz w dniu 15 stycznia 2016 r. wynika, że:

I. firma CHEMEKO sp. z o.o. udostępniająca firmie Klin-Logistic sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia podaje sprzeczne w swojej treści oświadczenie. W piśmie z dnia 17 grudnia 2015 r. dostarczonym do Urzędu Miejskiego w dniu 21 grudnia 2015 r. prezes firmy CHEMEKO sp. z o.o. podaje w pkt 3, że wiedza i doświadczenie oddana do dyspozycji Klin-Logistic sp. z o.o. pozostanie do dyspozycji Klin-Logistic przez cały okres realizacji zamówienia, natomiast w pkt 4 tego samego pisma firma CHEMEKO sp. z o.o. wyraźnie oświadcza, że nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, a udostępnienie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, polegać będzie na szkoleniach, konsultacjach i doradztwie po wyborze oferty, ale przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia.

II. Firma EKO-KAR sp. z o.o. sp.k. użycza swojej wiedzy i doświadczenia i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

III. Firma EKO-KAR sp. z o.o. sp.k. użycza swojego potencjału technicznego i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci wskazanego w piśmie potencjału, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

IV. Firma Employment sp. z o.o. użycza swojego potencjału osób zdolnych do wykonania zamówienia i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

V. Firma PHP P. O. użycza swojego potencjału osób zdolnych do wykonania zamówienia i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

VI. Firma EKO-KAR sp. z o.o. sp.k. użycza swojego potencjału osób zdolnych do wykonania zamówienia i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w

postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

VII. Firma PHP P. O. użycza swojego potencjału finansowego i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci zdolności kredytowej do wykonania zamówienia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

VIII. Firma EKO-KAR sp. z o.o. sp.k. użycza swojego potencjału finansowego i zobowiązuje się oddać Klin-Logistic sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci zdolności kredytowej do wykonania zamówienia, na potrzeby wykonania zamówienia, przez cały okres wykonywania zamówienia. Nie wskazano jednak w jaki sposób przedmiotowe zasoby zostaną udostępnione.

Jak wynika z komentarza do art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych (J. Piróg 2015) „Zarówno zmieniające się przepisy, jak i orzecznictwo KIO zmierzają w kierunku uczynienia udostępniania zasobów jak najbardziej realnym zobowiązaniem, które może być w każdej chwili zrealizowane w trakcie wykonywania zamówienia. W wyr. z 20.2.2014 r. KIO (KIO 212/14, Legalis) stwierdziła, że z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis nie określa uniwersalnej treści zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantuje skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu. Przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, będzie niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Przy czym niewystarczające jest tu poleganie wyłącznie na wyjaśnieniach samego wykonawcy, który przypisze podmiotowi trzeciemu zobowiązanie się do świadczeń, które nie wynikają z treści dokumentu przedstawionego zamawiającemu.” (...) Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać. Skorzystanie przez wykonawcę z tego uprawnienia skutkuje koniecznością udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów, przy czym przepis ust. 2b uznaje, że wystarczającym dowodem jest załączenie do oferty (wniosku) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiednich zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Jednak samo abstrakcyjne zobowiązanie, nieokreślające konkretnych zasobów i warunków ich udostępniania, jest niewystarczające. Istotną zmianę w tym zakresie wprowadziła m.in. regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa RM z 19.2.2013 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), gdzie wskazuje się na możliwość żądania przez zamawiającego określonych dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) charakteru stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z tego powodu Zamawiający wystosował w dniu 14.01.2016 r. kolejne wezwanie do Klin-Logistic sp. z o.o. na podstawie § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa RM z 19.2.2013 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), by Wykonawca ten przedłożył dokumenty dotyczące:

- 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

Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie oświadczył m. in., że za całkowicie bezpodstawne należy uznać żądanie jakiegokolwiek dodatkowej dokumentacji wykazującej rzeczywiste dysponowanie przez Wykonawcę potencjałem finansowym wskazując, że podmioty udostępniające złożyły stosowne oświadczenia o terminie i zakresie udostępnienie, zobowiązanie to ma charakter wiążący na gruncie prawa cywilnego, dla których żadne ustawy nie przewidują od tego typu porozumień jakiegokolwiek formy szczególnej. Wykonawca ten jednak nie odnosi się w żaden sposób do dyspozycji rozporządzenia, gdzie wskazuje się wyraźnie na możliwość żądania przez zamawiającego określonych dokumentów. Bezspornie żadnych dokumentów z których wynika zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wykonawca nie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.01.2016 r., ograniczając się jedynie do polemiki z treścią wezwania Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza w tego typu sprawach wskazuje w orzecznictwie, że oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę, nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia. Jednak w każdym orzeczeniu wskazuje się że to udostępnienie musi mieć charakter realny, nie może mieć jedynie

charakteru udostępnienia formalnego, dla celów sporządzenia oferty. Podobnie ma się sytuacja z pozostałym udostępnionym potencjałem. Zamawiający wskazuje, że w udostępnienie potencjału w postaci zdolności kredytowej (a tylko posiadanie zdolności kredytowej udowodniły podmioty trzecie w ofercie złożonej przez Klin- Logistic sp. z o.o.) nie funkcjonuje w obrocie gospodarczym, nie wiadomo bowiem jak miałyby wyglądać ewentualna umowa (nawet ustna) na udostępnienie zdolności kredytowej, jeśli podmiot udostępniający swoją zdolność kredytową brałby udział w realizacji zamówienia w formie innej niż podwykonawstwo. Wątpliwa jest także możliwość oddawania swojej zdolności kredytowej w formie innej niż np. poręczenie kredytu. Również udostępnienie potencjału w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia powinno w normalnym obrocie prawnym pomiędzy podmiotami gospodarczymi przyjąć postać albo podwykonawstwa, albo poprzez przeniesienie do innego zakładu pracy określone w przepisach Kodeksu pracy. Oddelegowanie pracowników przez jeden podmiot gospodarczy do innego podmiotu gospodarczego, co do zasady również nie jest nieodpłatne.

Żaden z dokumentów wskazanych przez firmę Klin-Logistic sp. z o.o. nie udowadnia realnego udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia. Również brak w ofercie wykonawcy jakiegokolwiek wzmianki co do ewentualnego podwykonawstwa tych podmiotów przy realizacji zamówienia. W dokumentach dołączonych do oferty nie ma bowiem nawet jednego słowa, z którego wynika sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, czy też charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem. Z tego powodu Zamawiający powziął poważne wątpliwości, co do rzeczywistego dysponowania udostępnionym zasobem podmiotów trzecich przez firmę Klin-Logistic sp. z o.o., co było podstawą do wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających realność udostępnienia, o których mowa w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa RM z 19.2.2013 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), . Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, ciężar udowodnienia dysponowania udostępnionym zasobem spoczywa w całości na Wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia na podstawie udostępnionych zasobów.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich, w związku z powyższym Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co powoduje konieczność wykluczenia tego Wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.”.

Przechodząc do oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał realności udostępnienia zasobów w spornym zakresie.

Stosownie do art.26 ust.2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jednocześnie w myśl przepisu § 1 ust. 6 pkt. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa RM z 19.2.2013 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) 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.

Według zapatrywania Izby przedłożone przez Odwołującego dokumenty nie zawierają wszystkich elementów wymienionych w cyt. wyżej przepisie § 1 ust. 6 pkt. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa RM, a to w szczególności opisu sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia oraz wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem.

Odnosząc się do dokumentu użyczenia wiedzy i doświadczenia wystawionej przez Chemeko-System sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015r. Izba uznała, że zawarte w nim

oświadczenie nie było jednoznaczne. Z jednej strony wykonawca ten zadeklarował udostępnienie Odwołującemu wiedzy i doświadczenia zawodowego w postaci szkolenia, konsultacji, doradztwa, z drugiej jednak oświadczył, że nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, jeżeli ten wykonawca nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie, jaki wskazał (szkolenie, konsultacje, doradztwo), to nie jest jednoznaczna gwarancja rzeczywistego dostępu do jego zasobu.

Poza tym należy wskazać, że z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, jaki będzie charakter stosunku łączącego Odwołującego z tym podmiotem.

Jeżeli chodzi o dokument użyczenia wiedzy i doświadczenia Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r., Izba stanęła na stanowisku, że nie stanowi dowodu realnego przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia zobowiązanie do oddania zasobu do dyspozycji Odwołującego bez wskazania, w jaki sposób to nastąpi i w ramach, jakiego stosunku prawnego.

Podobnie Izba potraktowała załączone w wyniku uzupełnienia dokumenty: użyczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia Employment sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015r., użyczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia P H-P P. O. z dnia 17 grudnia 2015r., użyczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r.

Przedłożone przez Odwołującego powyższe zobowiązania do udostępnienia zasobu potencjału osobowego nie wskazują charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tymi podmiotami.

Według zapatrywania Izby również dokument użyczenia potencjału technicznego Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r. nie zawiera informacji, na jakiej podstawie umownej zasób ten będzie przekazany czy będzie to umowa najmu, użyczenia, czy też nastąpi sprzedaż tych urządzeń, które będą wykorzystywane do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości Izby budzą również dokumenty użyczenia potencjału finansowego przez P H-P P. O. z dnia 17 grudnia 2015r. oraz użyczenia potencjału finansowego Eko-Kar sp. z o.o. sp.k. z dnia 17 grudnia 2015r., które nie wskazują sposobu wykorzystania tego zasobu

przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, a także charakteru stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z tymi podmiotami.

Zdaniem Izby samo zobowiązanie do przekazania zasobu nie przesądza o charakterze stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z danym podmiotem, a jest to informacja pozwalająca Zamawiającemu na ocenę, czy stosunek łączący Odwołującego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp.

W ocenie Izby nie ma również znaczenia odpowiedzialność solidarna Odwołującego i udostępniającego oparta na zasadzie winy tego drugiego wynikająca z art.26 ust.2e ustawy Pzp.

Według zapatrywania Izby powyższy przepis nie służy do weryfikacji gwarancji rzeczywistego dostępu do zadeklarowanych zasobów, lecz stanowi zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania na etapie realizacji kontraktu.

Bez znaczenia – w przekonaniu Izby – pozostaje również okoliczność nie wskazania przez Zamawiającego w SIWZ ściśle określonych wymaganych dokumentów do udowodnienia realności przekazania zasobów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia z racji braku zamkniętego katalogu środków dowodowych wykazujących realność udostępnienia zasobu.

Reasumując należy podnieść, że Odwołujący w całości nie wykonując wezwania Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2016r. naraził się na konsekwencje wynikające z pouczenia go, iż wykonawca, który nie udowodni, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i jego oferta zostanie odrzucona

Na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący mógł już na tamtym etapie ponownego wezwania go do uzupełnienia dokumentów przedstawić swoje zarzuty w postępowaniu odwoławczym, jeżeli nie zgadzał się z tym wezwaniem.

Uznając zatem, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny przesłanek braku spełniania przez Odwołującego warunków podmiotowych przetargu Izba uznała, że miał on podstawy prawne do skorzystania z dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89. ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Następstwem zaistnienia powyższej sytuacji prawnej była decyzja Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego przetargu na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....