

WYROK

z dnia 23 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Agencja Detektywistyczna „TATWEDO” Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 6, 43-300 Bielsko-Biała** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź Sp. z o.o., ul. Tokarzewska 2, 91-842 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Outworking Sp. z o.o. Sp. k., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Agencja Detektywistyczna „TATWEDO” Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 6, 43-300 Bielsko-Biała** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencja Detektywistyczna „TATWEDO” Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 6, 43-300 Bielsko-Biała** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Agencja Detektywistyczna „TATWEDO” Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 6, 43-300 Bielsko-Biała** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania – Łódź Sp. z o.o., ul. Tokarzewska 2, 91-842 Łódź** kwotę **3 817 zł 31 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemnaście złotych i

trzydzieści jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę przed KIO.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługa ręcznego sortowania odpadów segregowanych i nie segregowanych zmieszanych odpadów komunalnych w instalacji Sortowni Odpadów zlokalizowanej przy ulicy Zamiejskiej 1 w Łodzi.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 201-348252.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec oceny, uzupełnionego przez wybranego Wykonawcę, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu - zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów i zaniechania wykluczenia z postępowania wybranego Wykonawcy oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a i 2b oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia wybranego Wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że analizując z dużą dozą wyrozumiałości treść oświadczenia (zobowiązania) można dojść do wniosku, że jego przedmiotem może być wyłącznie udostępnienie doświadczenia w organizacji działalności związanej z przetwarzaniem odpadów i że ten potencjał będzie udostępniony poprzez świadczenie usług doradztwa i konsultacji przez trzy osoby posiadające wiedzę i doświadczenie w zakresie: kierowania i zarządzania zakładem, zbierania i przetwarzania odpadów, zasad przetwarzania odpadów, ewidencji odpadów, prawa ochrony środowiska i prawa pracy. W oświadczeniu nie ma jednak mowy o udostępnianiu wiedzy.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że doświadczenie, które spółka K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. zamierza udostępnić wybranemu Wykonawcy jest innym doświadczeniem od wymaganego przez Zamawiającego w postanowieniu pkt 6.1.2 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, na uwagę zasługuje fakt, że określony w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasób w postaci wiedzy i doświadczenia jest zasobem złożonym, składającym się z dwóch znaczeniowo różnych zasobów. Wiedza to nie to samo co doświadczenie, i o ile wiedzę, jako zasób o charakterze teoretycznym, można udostępnić komuś w trybie szkoleń, doradztwa czy konsultacji, to doświadczenia udostępnić w takiej drodze nie sposób. Zasób wiedzy

wskazuje na teoretyczną znajomość zagadnienia, zaś zasób doświadczenia jest szerszy i odnosi się także do znajomości praktycznej zagadnienia oraz wynikającej z niej umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się pozyskać w sposób inny niż wcześniejsze osobiste uczestniczenie w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac.

W ocenie Odwołującego, doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny przedsiębiorstwa (art. 55¹ i art. 55² k.c.). Zdaniem Odwołującego, nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym jest ono związane. Oznacza to, że bez udostępnienia wybranemu Wykonawcy przedsiębiorstwa spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k., udostępnienie doświadczenia tej spółki jest niemożliwe. Zaś w oświadczeniu (zobowiązaniu) spółka K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. nie proponuje udostępnienia swojego przedsiębiorstwa wybranemu Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, najlepszą i najpełniejszą formą udostępnienia przedsiębiorstwa, a zarazem doświadczenia tego przedsiębiorstwa, jest pełnienie roli podwykonawcy całości zamówienia lub jego części związanej z zakresem udostępnianego doświadczenia. Udostępnienie przedsiębiorstwa spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. i w ten sposób także jej doświadczenia, byłoby możliwe wyłącznie poprzez fizyczny udział spółki w realizacji przedmiotowego zamówienia. Świadczenie usług doradztwa i konsultacji jest działaniem pobocznym, niezwiązanym z realizacją zamówienia. Nie można przyjąć, że wykonywanie w ramach umowy zlecenia usług doradztwa i konsultacji przez trzy osoby stanowi o udostępnieniu przedsiębiorstwa spółki i jej doświadczenia. Trzy osoby nie stanowią o doświadczeniu spółki, choćby te osoby same w sobie były bardzo doświadczone. Udział w realizacji zamówienia wiąże się z odpowiedzialnością za należyte wykonanie zamówienia, zaś poprzez świadczenie usług doradztwa i konsultacji nie zawiązuje się relacji odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w oświadczeniu (zobowiązaniu) spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. nie ma mowy o udostępnieniu wiedzy. W związku z tym trzeba przyjąć, że udostępniane jest jedynie doświadczenie, nazwane w oświadczeniu potencjałem. W oświadczeniu (zobowiązaniu) jest mowa o wiedzy i doświadczeniu, ale wyłącznie w odniesieniu do trzech osób, które mają świadczyć usługi doradztwa i konsultacji. Ujawniona

w oświadczeniu wiedza i doświadczenie osób, które będą świadczyć usługi doradztwa i konsultacji, jest wiedzą i doświadczeniem ze sfery kierownictwa a nie ze sfery wykonawstwa. Osoby te są menadżerami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie: kierowania i zarządzania zakładem zbierania i przetwarzania odpadów, zasad przetwarzania odpadów, ewidencji odpadów, prawa ochrony środowiska i prawa pracy. Nie taką wiedzą i doświadczeniem mieli wykazać się wykonawcy, zgodnie z postanowieniem pkt 6.1.2 SIWZ. W tym postanowieniu SIWZ jest mowa o wykazaniu się wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu usług polegających na segregowaniu odpadów z użyciem pracowników. Zdaniem Odwołującego, zaproponowani w oświadczeniu (zobowiązaniu) menadżerowie, wiedzy i doświadczenia w tym zakresie nie posiadają, wobec tego nie mogą być skutecznymi pośrednikami w udostępnieniu wybranemu Wykonawcy wiedzy spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie wykonywania usług segregowania odpadów z użyciem pracowników, nie mówiąc już o udostępnieniu jej doświadczenia w tym zakresie, także z powodów, o których mowa wyżej.

Dalej Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki, o których mowa w ust. 1 (w tym posiadanie wiedzy i doświadczenia), oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią między innymi usługi, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Weryfikacja wykonawcy nie może być iluzoryczna, a właśnie taką weryfikację, w stosunku do wybranego Wykonawcy, przeprowadził Zamawiający. Zamawiający dokonując wyboru oferty wybranego Wykonawcy nie wziął pod uwagę treści ww. przepisu. Zamawiający pozytywnie zweryfikował wykonawcę, który sam nie posiada własnych wiedzy i doświadczenia (w ostatnich 3 latach nie wykonał żadnej usługi w zakresie sortowania odpadów z użyciem pracowników), i który podjął nieudaną próbę wykazania, że inny podmiot udostępni mu swoją wiedzę i doświadczenie w tym zakresie.

Nie bez znaczenia, zdaniem Odwołującego, dla oceny kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wybranego Wykonawcy jest fakt, że ani u wybranego Wykonawcy - spółki Outworking Sp. z o.o. Sp. k. ani u spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k., która złożyła oświadczenie (zobowiązanie) o udostępnieniu zasobów, w zakres przedmiotu działalności tych przedsiębiorców nie wchodzi działalność związana z odzyskiem surowców z materiałów segregowanych obejmująca oddzielanie i sortowanie surowców nadających się do ponownego przetworzenia pochodzących z odpadów innych niż niebezpieczne (tj. śmieci)

lub oddzielanie i sortowanie, w różne kategorie różnorodnych surowców takich jak: papier, tworzywa sztuczne, puszki po napojach, metal, nadających się do przetworzenia czy odzysku. Taki zakres przedmiotu działalności określa podklasa 38.32.Z ujęta w klasyfikacji działalności PKD z 2007 r., ale takiego zakresu działalności nie znajduje się w informacjach z rejestru przedsiębiorców KRS, dotyczących obu ww. podmiotów, mimo, że jeden z podmiotów chce wykonywać a drugi doradzać i konsultować przy wykonywaniu usługi segregowania odpadów z użyciem pracowników, będącej przedmiotem niniejszego zamówienia i objętej właśnie podklasą 38.32.Z. Natomiast w zakres działalności spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. wchodzi działalność objęta podklasą 70.22.Z klasyfikacji działalności PKD z 2007 r., jest to pozostałe doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania obejmujące: doradztwo i bezpośrednią pomoc dla podmiotów gospodarczych i innych jednostek w zakresie: planowania strategicznego i organizacyjnego, strategii i działalności marketingowej, kontroli kosztów i innych zagadnień finansowych, zarządzania produkcją, zarządzania zasobami ludzkimi, doradztwa personalnego, planowania, organizacji pracy, efektywności zarządzania, opracowywania systemów prowadzenia rachunkowości i kontroli wydatków, doradztwo i bezpośrednią pomoc dla podmiotów gospodarczych i administracji państwowej w zakresie: planowania metod czy procedur dotyczących rachunkowości, programów związanych z kalkulowaniem kosztów, procedur dotyczących kontroli budżetu, planowania, organizacji, efektywności i kontroli itp.

W ocenie Odwołującego, w oświadczeniu (zobowiązaniu) jest mowa o doświadczeniu spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. właśnie w prowadzeniu działalności doradczej w zakresie organizacji działalności związanej z przetwarzaniem odpadów. Taka działalność doradcza mieści się w działalności objętej podklasą 70.22.Z. Zdaniem Odwołującego, takie doświadczenie spółka zamierza udostępnić wybranemu Wykonawcy. Świadczyć może o tym treść oświadczenia (zobowiązania) oraz doświadczenie wspomnianych trzech osób.

Dalej Odwołujący podniósł, że zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu nie został określony. Nie można uznać, że użyte w oświadczeniu (zobowiązaniu) ogólne pojęcie „*zasobów przedsiębiorstwa*” wypełnia wymóg określenia zakresu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usług sortowania odpadów z użyciem pracowników. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia nie został określony. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia nie został określony. Świadczenie usług doradztwa i konsultacji przez osoby nieposiadające wiedzy i doświadczenia w sortowaniu odpadów z użyciem pracowników nie może być postrzegane jako udział przy wykonywaniu zamówienia podmiotu kierującego osoby do świadczenia takich usług. Nie określono, w jakim zakresie będą prowadzone doradztwo i konsultacje, czego one będą dotyczyć i kto fizycznie będzie

odbiorcą rad i konsultacji. Nie określono także jak długo, w odniesieniu do czasu trwania realizacji zamówienia, będą trwać doradztwo i konsultacje.

Zatem, w opinii Odwoływającego, uzupełnionym oświadczeniem (zobowiązaniem) wybrany Wykonawca nie udowodnił, że przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będzie dysponował wymaganymi przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem pochodzącymi od spółki K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 6.1.2 ppkt 1 SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w celu wykazania się wiedzą i doświadczeniem, winni legitymować się realizacją usługi polegającej *„na sortowaniu odpadów z użyciem pracowników, w tym: wykonaniem jednej usługi trwającej m.in. 6 miesięcy i polegającej na sortowaniu odpadów z użyciem pracowników w ilości m.in. 40 osób.”*

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że *„wykonawca polegający na potencjale innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji umowy (...). Z zobowiązania, (...) muszą wynikać następujące informacje: 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, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”*

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący złożył oświadczenie wykonawcy K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 21 listopada 2013 r., zgodnie z którym zobowiązuje się do oddania *„zasobów przedsiębiorstwa na cały okres wykonywania zamówienia.”* Jednocześnie w oświadczeniu znajduje się informacja, że *„K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. posiada wieloletnie doświadczenie w organizacji działalności związanej z przetwarzaniem odpadów i wedle zapotrzebowania wynikającego z bieżącej realizacji zamówienia, jest gotowe kierować odpowiednie osoby do Outworking Sp. z o.o. Sp. k. na odrębnie określonych warunkach, tj. w roli podwykonawcy – zgodnie z zawartą przez strony umową.”* Jednocześnie w Wykazie głównych usług wykazano realizację przez K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. usługi polegającej na sortowaniu i dalszym rozdrabnianiu odpadów przy udziale 50 pracowników.

Pismem z dnia 29 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *„do uzupełnienia oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, z którego będzie wynikało czy podmiot udostępniający będzie np. podwykonawcą (lub udostępni osoby posiadające doświadczenie a jeżeli tak to, jakie osoby) lub inna forma*

realnego udostępnienia potencjału. Zamawiający wskazuje, że musi mieć pewność, że wykonawca będzie faktycznie dysponował udostępnionym potencjałem.”

W odpowiedzi Przystępujący złożył oświadczenie z dnia 25 listopada 2013 r., z którego wynika, że K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. zobowiązuje się do oddania „zasobów przedsiębiorstwa na cały okres wykonywania zamówienia.(...) K..BIZ Sp. z o.o. Sp. k. posiada wieloletnie doświadczenie w organizacji działalności związanej z przetwarzaniem odpadów. W ramach udostępnienia potencjału, spółka na podstawie umowy zlecenia będzie świadczyć na rzecz wykonawcy usługi w zakresie doradztwa i konsultacji. Do bezpośredniego świadczenia tych usług skierowane zostaną 3 osoby posiadające wiedzę i doświadczenie w zakresie: kierowania i zarządzania zakładem zbierania i przetwarzania odpadów, zasad przetwarzania odpadów, ewidencji odpadów, prawa ochrony środowiska i prawa pracy. (...) Spółka nie zamierza pełnić roli podwykonawcy zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Spornym w sprawie jest spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, który posłużył się dla wykazania postawionego warunku potencjałem udostępnionym mu przez podmiot trzeci, na podstawie regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych „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 nim 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.” Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591), wynika nadto z uzasadnienia wskazanej nowelizacji.

Ponadto, wskazany przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z brzmienia tego przepisu, zdanie drugie – przepis w tej części aż dwukrotnie akcentuje posłużenie się niezbędnymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego (udostępniającego ich), wskazując zarazem, że zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem wyczerpania stanu formalnego: wykazania, że wykonawca otrzymał od podmiotu trzeciego stosowne referencje potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale posiadania wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia.

Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi zatem *lex specialis* od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W świetle brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy – wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie.

Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że przepisy rozróżniają wiedzę i doświadczenie jako kategorię łączną, traktując je jako pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp traktuje „wiedzę i doświadczenie” łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również

wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Nie można w tym miejscu pomijać i tej kwestii, że każdorazowo warunek w postaci wiedzy i doświadczenia skonkretyzowany dla danego postępowania wyraża istotne z punktu widzenia zamawiającego walory wykonawcy, gwarantujące prawidłowe i niezakłócone wykonanie zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że bezsporne w niniejszej sprawie jest, że kwestionowane oświadczenie wskazuje na zasoby przedsiębiorstwa, które przekazujący zobowiązuje się oddać. Biorąc zaś pod uwagę, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przy pomocy podmiotu trzeciego oraz mając na względzie fakt, iż wiedza i doświadczenie na gruncie ustawy Pzp są traktowane jako kategorie nierozzerwalne, nie budzi wątpliwości, że przedmiotem transferu jest również wiedza, a nie jedynie doświadczenie. W tym aspekcie należy zwrócić uwagę, że potwierdzenie wiedzy i doświadczenia stanowią dokumenty świadczące o realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia. Z tego płynie zaś wniosek, że wykonawstwo w określonym obszarze, ustawodawca wiąże z nabyciem wiedzy i doświadczenia, a nadto, że wiedzy i doświadczenia oddzielnie nie mogą potwierdzić dwa różne podmioty. Skoro więc przepisy prawa nakazują traktować realizację określonych usług, dostaw czy też robót budowlanych jako nośnik wiedzy i doświadczenia to nawet zaniechanie wskazania wprost w treści spornego zobowiązania na wiedzę nie może prowadzić do wniosku o braku jej udostępnienia. Zastosowanie bowiem takiej wykładni prowadziłoby do złamania reguł wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) i zastosowania wykładni *contra legem*.

Z tych względów za nieużyteczną należy uznać argumentację Odwołującego, który wskazuje na odrębne znaczenie pojęć „wiedzy” i „doświadczenia” nie dostrzegając jednakowoż posłużenia się przez ustawodawcę koniunkcją oraz przyjęcia na gruncie Pzp swoistej definicji tej kategorii pojęciowej łącznie jako zwrotu a nie odrębnych pojęć.

W ocenie Izby, przekazanie wiedzy i doświadczenia, żeby miało realny charakter nie zawsze musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy w realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, o tym każdorazowo decyduje przedmiot zamówienia, przy czym należy przewidywać, że im bardziej będzie on skomplikowany tym bardziej będzie pożądanym udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Analizując przedmiot zamówienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało dojść do przekonania, że ręczne sortowanie odpadów segregowanych i niesegregowanych nie stanowi na tyle złożonego przedsięwzięcia, aby bezpośredni udział podmiotu trzeciego był gwarantem skutecznego przekazania wiedzy i doświadczenia. Sam opis przedmiotu zamówienia, co do istoty, został wyłuszczone zaledwie w kilku zdaniach, co bezwzględnie wskazuje, że czynności składające się na jego realizację mogą być wykonywane przez osoby nielegitymujące się szczególną wiedzą i doświadczeniem, bowiem jak podaje Zamawiający, *„usługa ręcznego sortowania polega na wybieraniu asortymentu (takiego jak: butelki plastikowe typu PET, folia, makulatura, szkło i innych materiałów wskazanych przez Zamawiającego) z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów gromadzonych selektywnie, w kabinach sortowniczych znajdujących się w ciągu linii technologicznej sortowni odpadów oraz hali przeładunkowej i terenie PSZOK”* (pkt 2 SIWZ).

Kluczowe dla właściwej realizacji zamówienia będzie zorganizowanie tego procesu połączone z posiadaniem pewnej wiedzy, ale nie jest konieczne podejmowanie bezpośrednich czynności przez podmiot trzeci. Stąd też, w ocenie Izby, świadczenie usług doradztwa i konsultacji na rzecz Wykonawcy przez trzy osoby z ramienia podmiotu trzeciego, posiadające określone doświadczenie, należy uznać za wystarczające dla skutecznego przekazania wiedzy i doświadczenia przy realizacji rzeczowego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że doświadczenia poszczególnych osób nie można wiązać z doświadczeniem podmiotu, Izba wskazuje, że doświadczenia nie nabywa przecież podmiot jako byt prawny, ale określone osoby, które tworzą ten podmiot i to one są nośnikami wiedzy i doświadczenia. Z tych przyczyn, zdaniem Izby, co do zasady możliwe jest przekazanie wiedzy i doświadczenia poprzez świadczenie konkretnych usług (konsultacji doradztwa) na rzecz wykonawcy.

Odwołujący twierdzi również, że doświadczenie trzech osób nie stanowi o doświadczeniu przedsiębiorstwa, jednak z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Po pierwsze bowiem, brak podstaw do żądania, że ma być zaangażowany cały podmiot trzeci w realizację zamówienia, nie sposób sobie tego nawet wyobrazić przy przyjęciu nawet trafności

koncepcji o podwykonawstwie. Po drugie, wydaje się oczywiste, że to ludzie nabywają wiedzę i doświadczenie i w związku z powyższym są jej nośnikami. Po trzecie zaś, w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trzy osoby świadczące usługi doradztwa i konsultacji, w ocenie Izby, tworzą zespół wystarczający, aby przekazać wiedzę i doświadczenie w zakresie ręcznego sortowania odpadów, a w każdym razie Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W tym miejscu dostrzec należy, że chodzi o przekazanie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia. O tej niezbędności decyduje z pewnością ilość osób zaangażowanych, sposób ich uczestnictwa a także przedmiot wiedzy i doświadczenia. Co do ilości i udziału Izba wypowiedziała się wyżej, pozostaje więc do rozważenia kwestia rodzaju doświadczenia. Nie budzi wątpliwości, że rzeczony doświadczenie musi być tego rodzaju, aby możliwe było przekazanie wiedzy i doświadczenia koniecznych i użytecznych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Jednak w ocenie Izby, w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie oznacza to wcale, że jedynie sortowacze odpadów mogą skutecznie przekazać wymaganą wiedzę. To właśnie zdaje się sugerować Odwołujący, który podnosi, że doświadczenie osób, które będą doradcami i konsultantami przez realizacji zamówienia powinno odpowiadać warunkowi udziału w postępowaniu. Przykład ten pokazuje zaś, zdaniem Izby, że tworzenie takiego wzorca prowadzić może do absurdu, co z kolei przemawia za dokonywaniem oceny *in casu*.

Zdaniem Izby, skoro kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia ma zorganizowanie całego procesu usługi ręcznego sortowania, to osoby, które legitymują się doświadczeniem w przedmiocie kierowania i zarządzania zakładem zbierania i przetwarzania odpadów oraz dysponują wiedzą i doświadczeniem w zakresie zasad przetwarzania i ewidencji odpadów, a także wykazują znajomość prawa ochrony środowiska i prawa pracy dają gwarancję, że ich wiedza i doświadczenie przekazana w formie doradztwa i bieżących konsultacji pozwoli należycie zrealizować przedmiot zamówienia Odwołującemu. Jednocześnie zauważyć należy, że zarzucany przez Odwołującego brak doświadczenia w sferze wykonawstwa, zdaniem Izby, nie niweczy możliwości skutecznego przekazania wiedzy i doświadczenia, wręcz przeciwnie, trudno sobie wyobrazić, żeby doświadczenie w zakresie wykonawstwa, a więc sortowaczy było wystarczające.

Co do argumentu, że doświadczenie nie może być przedmiotem samodzielnego obrotu z uwagi na przepis art. 55¹ oraz art. 55² k.c. jest nietrafny o tyle, że jakkolwiek doświadczenie może stanowić składnik przedsiębiorstwa, to należy brać pod uwagę fakt, że art. 55² k.c. ma charakter dyspozytywny, stwarzając stronom możliwość wyłączenia

niektórych składników wchodzących w skład przedsiębiorstwa z umowy, której przedmiotem jest przedsiębiorstwo. Inną zaś kwestią jest fakt rzeczywistego przekazania doświadczenia, a dla osiągnięcia przedmiotowego skutku niezbędne jest jego przekazanie z nośnikiem tego doświadczenia. Gdyby przyjąć argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego należałoby dojść do przekonania, że przekazanie doświadczenia zawsze musi się łączyć z przekazaniem przedsiębiorstwa. Koncepcja ta z samego założenia jest absurdalna, niezależnie od formy udostępnienia przedsiębiorstwa, pomijając nawet, że nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Nie ma bowiem bezwzględnie obowiązującego przepisu, który uczynienie przedmiotem czynności prawnej przedsiębiorstwa wiązałby z wszystkimi składnikami przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma okoliczność, jeśli nawet znalazłaby potwierdzenie, że przedmiot działalności określony w rejestrze przedsiębiorców, dotyczącym zarówno Przystępującego, jak i podmiotu trzeciego nie jest tożsamy z przedmiotem niniejszego zamówienia. Jeśli idzie o Odwołującego, to zarzut ten pozostaje poza rozpoznaniem Izby, bowiem przedmiotem odwołania Odwołujący uczynił czynność oceny dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego i zaniechania wykluczenia Przystępującego z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia a nie braku uprawnień do wykonywania określonej działalności. Jeśli idzie zaś o podmiot trzeci to ocenie podlega jego doświadczenie w świetle postanowień SIWZ a nie fakt ujawnienia określonej działalności w odpowiednim rejestrze. Co więcej, możliwość wykonywania działalności gospodarczej nie jest uzależniona od wpisu w rejestrze przedsiębiorców, zaś zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia nie wymaga uzyskania zezwolenia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego nie został określony. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, o czym była mowa wyżej, że chodzi o wiedzę i doświadczenie. Podobnie nie nastrocza trudności odkodowanie sposobu wykorzystania udostępnionego zasobu. Jak ustalono, doradztwo i konsultacje będą świadczone w ramach umowy zlecenia przez trzy osoby skierowane przez podmiot trzeci. Zatem, sposób korzystania z zasobów wydaje się oczywisty. Co się zaś tyczy okresu i zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, zdaniem Izby, został on określony. Konsultacje i doradztwo stanowią o zakresie udziału podmiotu trzeciego, a oddanie zasobów na cały okres wykonywania niniejszego zamówienia wskazuje na okres zaangażowania tego podmiotu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł oraz 217,31 zł.

Przewodniczący:

.....

.....