

**WYROK**

**z dnia 01 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań, 2) Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych SANIPOR Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia – w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Miasta Gdyni – Zarząd Dróg i Zieleni, ul. 10 Lutego 24, 81-364 Gdynia,**

przy udziale wykonawcy **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. „JAGAN” J. K., ul. Kilińskiego 58, 84-230 Rumia,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **315 zł 00 gr** (słownie: trzysta piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasta Gdyni – Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest oczyszczanie letnie dróg na terenie miasta Gdyni w rejonie I i II (znak postępowania: EZP.271.8.2015).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 marca 2015 r., pod nr: 2015/S 052-091077.

W dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający poinformował, że w postępowaniu na część II została wybrana oferta wykonawcy PTHU „JAGAN” J. K. z siedzibą w Rumi.

W dniu 15 maja 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Sprzątania Placów i Ulic M., S. Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań, 2) Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych SANIPOR Sp. z o.o., ul. Sportowa 8, 81-300 Gdynia – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez PTHU „JAGAN”, a także na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z prowadzonego postępowania, wnosząc o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PTHU „JAGAN”
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert oraz oceny spełniania warunków podmiotowych.
- 3) wykluczenie wykonawcy PTHU „JAGAN” z prowadzonego postępowania.
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że do realizacji usług w rejonie II, część II wybrana została oferta złożona przez wykonawcę „JAGAN”, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzając spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia wykonawca ten polegał na zasobach innego podmiotu. Do oferty załączone zostało w tym celu zobowiązanie firmy „CZYŚCIOCH” Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku, z którego wynika jednoznacznie, iż udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie się odbywało na zasadach

doradzania i konsultacji, których będą udzielać wykonawcy, osoby oddane do jego dyspozycji przez podmiot udostępniający potencjał.

Odwołujący wskazał, że powyższy sposób udostępnienia potencjału nie gwarantuje wykonawcy możliwości rzeczywistego korzystania z tego potencjału, przez co uznać należy, iż wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Nie został, więc wypełniony obowiązek wynikający z przepisów art. 26 ust. 2b Pzp, co Zamawiający pozostawił bez żadnej reakcji. Sprzątanie letnie, będące przedmiotem zamówienia, nie jest usługą powszechnie dostępną, a do jej wykonywania stosowane są specjalistyczne maszyny i urządzenia. Wykonywanie codziennych czynności związanych z tą usługą, związane jest z napotykiem coraz to nowych okoliczności, w których muszą być podejmowane odpowiednie decyzje.

Odwołujący argumentował następnie, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej (know-how). Tak, więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy jak np. doświadczenie w realizacji określonych zadań. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Przy czym udział ten powinien polegać na podwykonawstwie.

Dla poparcia swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., o sygn. akt KIO 2885/13, gdzie Izba stwierdziła, iż możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w realizacji zamówienia jest ściśle warunkowana udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie sposób, bowiem wyobrazić sobie sytuacji, w której wykonawca - nie angażując innego podmiotu w realizację zamówienia - twierdziłby równocześnie, że jednak cały czas dysponuje zasobami tego podmiotu w trakcie wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że z treści zobowiązania w tej sprawie można wnioskować, iż określając sposób udostępnienia w formie doradzania i konsultacji podmiot udostępniający pozostaje w przekonaniu, iż oznacza to jego udział w realizacji zamówienia, co jest oczywistym błędem. W zobowiązaniu jest bowiem mowa o udostępnieniu potencjału

osób zdolnych do realizacji zamówienia, a przecież w tym zakresie Zamawiający poza żądaniem złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków, nie sprecyzował żadnych innych oczekiwań. Wykonawca „JAGAN” złożył oświadczenie, o którym mowa, powyżej, zatem warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia spełnił samodzielnie. Obowiązkiem wykonawcy, wynikającym z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, było wskazanie w ofercie tej części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. W ofercie wykonawcy „JAGAN” zawarta została w tym zakresie deklaracja, iż zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawcy, dla „oczyszczania letniego dróg w zakresie doradztwa i konsultacji”. Zauważyć w związku z tym należy, że wykonawca faktycznie nie przewiduje udziału podwykonawcy w fizycznej realizacji zamówienia, co zważywszy na zadeklarowane korzystanie z potencjału wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przesądza o tym, że udostępnienie tego potencjału ma charakter czysto fikcyjny. Wskazać także należy, że doradztwo i konsultacje nie są elementem zamówienia, którego realizację wykonawca mógłby powierzyć podwykonawcy, a taką właśnie „część” opisano w pkt. 7 b formularza ofertowego.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że z przedstawionych powyżej argumentów wynika jednoznacznie, że wykonawca „JAGAN” nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, przez co podlega wykluczeniu z tego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, czego Zamawiający bezprawnie zaniechał.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. „JAGAN” J. K., ul. Kilińskiego 58, 84-230 Rumia. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca „JAGAN” udowodnił, że faktycznie będzie dysponował zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, w tym w szczególności wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem. W zobowiązaniu złożonym przez wykonawcę zawarta została deklaracja oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia przez czas jego trwania. Wykonawca udowodnił możliwość posługiwania się wykazanym potencjałem podmiotu trzeciego, a także realność udostępnienia tego potencjału. 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. Podkreślono, że celem ułatwienia wykonawcom przedstawienia dowodów

realności udostępnienia zasobów Zamawiający sformułował własne wymagania dotyczące treści zobowiązania innego podmiotu, a przykładowy wzór zobowiązania załączył do SIWZ (załącznik nr 7). Zamawiający nie wymagał dołączenia przez wykonawców korzystających z zasobów innych podmiotów dokumentów dotyczących tych podmiotów składanych dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, a także nie żądał konkretnej formy współpracy wykonawcy z podmiotem trzecim czy też zawarcia określonej umowy (w tym podwykonawstwa). Wskazano, że zobowiązanie złożone przez „JAGAN” zawiera wszystkie elementy dotyczące: 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu – oddanie do dyspozycji doświadczenia i osób prowadzących nadzór nad letnim oczyszczaniem dróg, 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia – nadzór, konsultacje, analiza realizacji usług, zorganizowanie i koordynacja działu logistycznego, 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem – umowa cywilno-prawna, 4) zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia – osoby oddane będą pełniły funkcję doradzą i konsultacyjną, 5) okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto, w ofercie wykonawca oświadczył, że przedmiot zamówienia zrealizuje siłami własnymi i przy udziale podwykonawców w następującym zakresie: oczyszczanie letnie dróg w zakresie doradztwa i konsultacji.

Zamawiający wskazał następnie, że uwzględniając wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na podstawie przedłożonych dokumentów, które w sposób niezbity potwierdzają istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów celem wykorzystania ich do realizacji zamówienia, Zamawiający uznał je za wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków i stwierdził, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podkreślił także, że uczestnictwo podmiotu udostępniającego w dozwolonej przez prawo formie, w przedmiotowym postępowaniu w charakterze podwykonawcy, konsultacje, nadzór – umowa współpracy, zostało wykazane przez wykonawcę. Oświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia jednoznacznie stwierdza, w jaki sposób oraz na jaki okres owa wiedza i doświadczenie są udostępnione, a także informuje, czy i w jakim zakresie podmiot je udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Tym samym wykonawca wykazał Zamawiającemu realne udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci na okres realizacji niniejszego zamówienia. Na marginesie, Zamawiający podniósł, że przy obecnym poziomie techniki zapewniającej możliwość komunikowania się na odległość (wideokonferencje, skype, itp.) usługi doradcze/konsultacyjne nie mogą być ograniczone tylko do osobistej obecności doradcy/konsultanta w siedzibie wykonawcy.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że w tym konkretnym postępowaniu brak jest podstaw do stwierdzenia, że zobowiązanie jest lakoniczne. Zawiera ono wszystkie wymagane informacje oraz jednoznaczną wolę innego podmiotu przekazania konkretnych wymienionych z nazwy zasobów w określonym czasie i w oznaczonym celu. Wykonawca wykazał się realnością udostępnienia określonego zasobu podmiotu trzeciego na czas realizacji zamówienia. Wskazano przy tym, że nie znajduje podstaw stwierdzenie Odwołującego, że udostępnienie ma charakter czysto fikcyjny, a dywagacje na ten temat należy uznać za czysto teoretyczne. Odwołujący stwierdził, że „podmiot udostępniający pozostaje w przekonaniu, iż oznacza to jego udział w realizacji zamówienia, co jest oczywistym błędem”. Jednak Zamawiający na podstawie przedłożonych dokumentów nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca i podmiot trzeci błędnie rozumieją udostępnienie zasobów i udział w realizacji zamówienia. Podkreślono przy tym, że Odwołujący bezpodstawnie zarzucił, że usługa sprzątnia letniego nie jest usługą powszechnie dostępną. Sugestie Odwołującego, że sprzęt specjalistyczny świadczy o niepowszechności przedmiotu zamówienia lub braku dla niego ustalonych standardów jakości są błędne. Oczyszczanie letnie dróg służy bieżącemu użytkowi przeciętnego odbiorcy. Standardy jakościowe postawione przez Zamawiającego określają istnienie minimalnego akceptowanego rezultatu, jaki świadczona usługa ma zapewnić, a tym samym świadczy to o nieskomplikowanym charakterze tych usług. Odnosząc się do kwestii podważającej usługi doradcze i konsultacyjne, Zamawiający nadmienił, że jednym z elementów realizacji przedmiotu zamówienia, jakim jest oczyszczanie letnie dróg, jest właściwa organizacja prac, na przykład: m.in. poprzez opracowanie harmonogramów prac z uwzględnieniem podziału dróg, trasy. Odpowiednio doświadczony konsultant czy też doradca poprzez właściwy nadzór, konsultacje korzystnie może wpływać na optymalizację czasu i kosztów pracy, a w konsekwencji na opłacalność przedsięwzięcia; poprzez doradztwo w zakresie tworzenia zapasów magazynu części ulegających naturalnemu zużyciu w trakcie wykonywania usługi, na optymalizację wysokości zaangażowanych środków finansowych i na wyeliminowanie nieplanowanych postojów w pracy maszyn – zmywarek, zamiatarek.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wskazał m.in., że możliwość udostępnienia przez podmiotu trzeciego zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na zasadzie doradztwa, konsultacji lub przekazania know-how została wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyrok KIO z dnia 29 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1451/14). Podkreślono jednocześnie, że w złożonej ofercie Przystępujący wyraźnie zaznaczył, że będzie korzystał z pomocy pracowników innego podmiotu, którzy będą prowadzić faktyczny nadzór nad wykonywanymi pracami i zorganizują oraz skoordynują dział logistyczny. Odnosząc się do złożonego zobowiązania – m.in. w kontekście obowiązku osobistego udziału w realizacji zamówienia podmiotu

udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia – Odwołujący wskazał, że zobowiązanie określa sposób wykorzystania udostępnionych zasobów i zakres osobistego działania podmiotu trzeciego. Udział ten przybrał formę stałego nadzoru nad prawidłowością wykonywanych czynności, doradztwie technicznym i wszelkiej innej pomocy umożliwiającej osobiste wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Zobowiązanie ma charakter realny, podmiot udostępniający zobowiązał się do pełnienia funkcji kontrolnych, doradztwa technicznego nad realizację zamówienia, zatem będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia. Podkreślono przy tym, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie nieskomplikowanych czynności powtarzalnych, wymagających m.in. prawidłowego wykorzystania specjalistycznych urządzeń i maszyn. Wskazano, że Przystępujący samodzielnie zapewnia zasoby techniczne, a w kwestii doradztwa w ich prawidłowym wykorzystaniu, zaplanowaniu kolejności prac, unikaniu najczęściej spotykanych problemów związanych z letnim oczyszczaniem dróg, będzie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego. Podniesiono również, że Odwołujący nie wyjaśnił, ani nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, iż udział podmiotu trzeciego będzie miał „fikcyjny” charakter. Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazał, że nawet gdyby zarzuty Odwołującego zostały uznane za uzasadnione – czemu wykonawca jednak przeczy – to i tak uprzednio Zamawiający obowiązany jest przeprowadzić procedurę wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest oczyszczanie letnie dróg na terenie miasta Gdyni w rejonie I i II. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. W ramach poszczególnych części (AI, AII, BI, BII) Zamawiający wskazał kategorie dróg podlegających oczyszczaniu oraz dzielnice, jak również zakres czynności (dla części AI i AII – oczyszczanie letnie dróg, likwidacja wypływów, likwidacja skutków zdarzeń losowych w całym rejonie, polewanie (zraszanie) w całym rejonie; dla części BI i BII – oczyszczanie letnie dróg, likwidacja wypływów) – Rozdział II pkt 8 SIWZ.

W warunkach udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (Rozdział 4 SIWZ), w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia w zakresie części AII, Zamawiający wymagał wykazania wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jednej usługi polegającej na zamiataniu powierzchni dróg na terenie zurbanizowanym, o długości osiowej nie mniejszej niż 50 km,



obejmującej okres realizacji minimum 5 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto oraz załączenie dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu – w takiej sytuacji wykonawca 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. W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, Zamawiający żądał dołączenia – w przypadku korzystania z zasobu innego podmiotu – pisemnego zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, którego przykładowy wzór Zamawiający opracował (załącznik nr 7 do SIWZ). Zamawiający zastrzegł, że wymaga, aby składany dokument wskazywał: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, 3) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, 4) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia należy wskazać konkretną formę uczestnictwa w realizacji zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje) – Rozdział 5 pkt 1 lit. e SIWZ.

Wykonawca „JAGAN” złożył ofertę na rejon II – część All. W pkt 7 lit. b) oferty wykonawca wskazał, że przedmiot zamówienia zrealizuje siłami własnymi i przy udziale podwykonawców w następującym zakresie: „oczyszczanie letnie dróg – w zakresie doradztwa i konsultacji”. Dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca polegał na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego – spółki „Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. W wykazie usług wykonawca wskazał na dwie usługi: 1) „Letnie oczyszczanie dróg w terenie zurbanizowanym” – Gmina Białystok, kwota brutto 298.789,20 zł, termin realizacji: 16.04.2012 – 15.11.2012, długość osiowa dróg 171,9 km; 2) „Letnie oczyszczanie dróg w terenie zurbanizowanym” – Gmina Białystok, kwota brutto 223.061,24 zł, termin realizacji: 16.04.2012 – 15.11.2012, długość osiowa dróg 112,3 km. Wykonawca załączył dokument referencji wystawiony przez Zastępcę Prezydenta Miasta Białegostoku potwierdzający wykonanie ww. usług przez „Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. Jednocześnie wykonawca złożył zobowiązanie wystawione przez „Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przy wykonaniu niniejszego zamówienia oraz złożył oświadczenie, że dla „części All: a) udostępniam wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie: oddaje do dyspozycji swoje doświadczenie ww. wykonawcy i osoby prowadzące nadzór nad letnim oczyszczaniem dróg; b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: nadzór,

konsultacje, analiza realizacji usług. Zorganizowanie i koordynacja działu logistycznego; c) charakter stosunku łączącego mnie z wykonawcą będzie następujący: umowa cywilnoprawna; d) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: osoby oddane będą pełniły funkcję doradczą i konsultacyjną; e) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: od dnia podpisania umowy do 15.XI.2015, 15.04.2016-15.11.2016, od 15.04.2017-15.11.2017, 15.04.2018-15.11.2018”.

Wraz z ofertą wykonawca złożył także oświadczenia wystawione przez „Czyścioch” Sp. z o.o. (oświadczenie z art. 22 ust. 1 Pzp, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej) informację z KRK, zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami dla tego podmiotu i odpis z KRS.

Cena wybranej oferty wykonawcy JAGAN wynosi 2.064.198,65 zł brutto. Cena oferty Odwołującego wynosi 2.190.819,00 zł. Czas przystąpienia do likwidacji wpływów w obu ofertach wynosi 2 godz. Na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert – cena brutto oferty z wagą 90% i czas przystąpienia do likwidacji wpływu/ów w sytuacji niezagrażającej bezpieczeństwu ruchu drogowego z wagą 10% (Rozdział 14 SIWZ) – oferta Przystępującego JAGAN otrzymała 100 pkt; zaś oferta Odwołującego – 94,80 pkt.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W myśl art. 26 ust. 2b 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. Zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) 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 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.

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Przystępujący – polegający na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, dla wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – złożył zobowiązanie odpowiadające cytowanym powyżej wymogom, którego treść nie pozostawia wątpliwości zarówno, co do rzeczywistej możliwości korzystania z tego potencjału w całym okresie wykonywania przedmiotu zamówienia, jak również, co do udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Treść złożonego zobowiązania nie jest ogólnikowa, przeciwnie w sposób precyzyjny i szczegółowy wskazuje wszystkie niezbędne elementy – w tym zakres zasobów, sposób ich wykorzystania, zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia – których całościowa analiza przemawia za uznaniem, że jest to dowód, za pomocą którego wykonawca w sposób należyty wykazał, że przez cały okres realizacji zamówienia będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie, wobec braku dodatkowych wymagań specyfikacji, co do treści zobowiązania, trudno czynić na obecnym etapie zarzut Przystępującemu, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być jeszcze bardziej szczegółowe – tak jak czynił to Odwołujący. Zamawiający wskazał, że nie wymagał w tym zakresie szczegółowych informacji. O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że specyfika zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia

inkorporuje konieczność udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to jednak wbrew argumentacji Odwołującego, forma tego udziału nie musi być zawężana jedynie do stosunku podwykonawstwa, zwłaszcza w przypadku takich przedmiotów zamówienia, jak w niniejszej sprawie. Dopuszczalne są także inne formy, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać ogólnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu (wykonawcy). Należy przy tym wskazać na fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprost dopuścił różne formy udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, uznając każdą z nich za wystarczającą i odpowiednią dla wykazania faktu udostępnienia zasobu. W Rozdziale 5 pkt 1 lit. e) SIWZ, Zamawiający uczynił dodatkowe zastrzeżenie odnoszące się właśnie do zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, w którym wskazano na obowiązek podania konkretnej formy uczestnictwa w realizacji zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Nie zasługiwały w konsekwencji na uznanie argumenty Odwołującego, że w tym postępowaniu udział podmiotu trzeciego powinien polegać na podwykonawstwie. Zawężenie udziału tylko do tej formy nie znajduje po pierwsze uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, a ponadto, jeżeli Odwołujący przyjmował tego rodzaju stanowisko to winien był zaskarżyć treść specyfikacji – dopuszczającej, jak wskazano wcześniej, także inne formy i uznającej te formy za odpowiednie – czego jednak nie uczynił.

Należy następnie wskazać, że treść złożonego zobowiązania wskazuje w sposób jednoznaczny na udział podmiotu udostępniającego zasób w wykonywaniu zamówienia. Został więc spełniony wymóg, na który wskazano w treści odwołania. Niezależnie od faktu, że literalne brzmienie zapisów zobowiązania wskazuje na udział tego podmiotu (użyte sformułowania w postaci „zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia”, „okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia”) to o rzeczywistym i faktycznym udziale tego podmiotu przesądza zakres i sposób udostępnienia zasobu – oddanie osób, które będą pełniły funkcje doradcze, konsultacyjne, które będą analizowały realizację usług, czy zorganizują i skoordynują dział logistyczny. Odwołujący błędnie utożsamiał oddanie osób z zasobem w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp). W zakresie tego zasobu Zamawiający nie stawiał żadnych warunków. Natomiast przywołanie w treści zobowiązania okoliczności udostępnienia osób do pełnienia ww. funkcji i zadań stanowi okoliczność potwierdzającą zarówno realność udostępnienia zasobu jak i udział w wykonywaniu zamówienia. Przetransferowanie zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego zasobem o charakterze niematerialnym, wymaga „materialnego nośnika”. Nie

ulega wątpliwości, że nośnikiem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego mogą być właśnie osoby z danego przedsiębiorstwa, które przydzielone do niniejszego zamówienia będą przekazywać posiadaną wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji poszczególnych zadań i na różnych płaszczyznach wykonywania przedmiotu zamówienia.

Izba nie znalazła podstaw do uznania trafności argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w toku rozprawy, iż w tym przypadku udział w realizacji zamówienia, żeby mógł świadczyć o realności udostępnienia zasobów, to tylko fizyczny udział w wykonywaniu prac. Odwołujący sam argumentował, że wykonywanie zamówienia związane jest z napotykaniami coraz to nowych okoliczności, w których muszą być podejmowane odpowiednie decyzje. Tym bardziej więc zagwarantowanie, że transfer wiedzy i doświadczenia odbywać się będzie dzięki doradztwu i konsultacjom ze strony osób, posiadających odpowiednie do tego kompetencje, wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie poprzez pracowników fizycznie wykonujących czynności oczyszczania dróg, przemawia za uznaniem, że w tym przypadku wykonawca zagwarantował sobie taki zakres zasobów podmiotu trzeciego, który pozwoli mu na należyte wykonywanie poszczególnych zadań. Sama czynność oczyszczania dróg nie stanowi skomplikowanej materii, także gdy wykonywana jest za pomocą sprzętu specjalnie do tych zadań dedykowanego. Należyte wykonanie zadania stanowi wypadkową szeregu innych części składowych, w tym właściwej organizacji pracy. Izba uznała za zasadne argumenty Zamawiającego, że odpowiednio doświadczony konsultant czy też doradca poprzez właściwy nadzór, konsultacje korzystnie może wpływać na optymalizację czasu i kosztów pracy, w tym także na sprawność przebiegu realizacji zamówienia i rozwiązywanie sytuacji mogących zakłócać ten przebieg. W konsekwencji, stanowisko Odwołującego, sprowadzające się do twierdzeń, że tylko udział w fizycznym wykonywaniu prac oczyszczania dróg, mógłby zostać uznany za rzeczywiste udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia, nie znajdowało w ocenie Izby, żadnego rzeczowego oparcia.

Odwołujący w sposób szczególny kwestionował, by forma doradztwa i konsultacji mogła w tej sprawie świadczyć o realnym udostępnieniu zasobu. Należy w związku z tym zwrócić uwagę, że treść zobowiązania stanowi nie tylko o konsultacjach i doradztwie, ale także o nadzorze, analizie realizacji usług i zorganizowaniu i koordynacji działu logistycznego. Czynności wchodzące w skład tych zadań w sposób nierozłączny wiążą się z udziałem w wykonywaniu zamówienia. Skoro podmiot udostępniający zasoby przyjął na siebie tego rodzaju obowiązki to świadczy to w ocenie Izby o jego udziale w wykonywaniu zamówienia, co przeczy jednocześnie tezie Odwołującego o fikcyjności czy pozorności zobowiązania złożonego wraz z ofertą.

W sposób krytyczny należało także ocenić twierdzenie Odwołującego, iż podmiot udostępniający zasoby pozostaje w przekonaniu, iż doradztwo i konsultacje oznaczają jego udział w realizacji zamówienia, co jest „oczywistym błędem”. Powyższa teza nie została w żaden sposób wykazana. Trudno znaleźć podstawy, z których Odwołujący wywiódł dla siebie uprawnienie do takiej interpretacji woli tych podmiotów i uprawnienie do jej przypisania stronom stosunku zobowiązaniowego, w którym nie uczestniczył. Niezależnie od powyższych argumentów, można także wskazać, że Przystępujący załączył do oferty dokumenty dotyczące także podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający nie wymagał tego, jednak fakt ich złożenia może stanowić okoliczność dodatkowo obrazującą wolę stron – a mianowicie wolę uczestniczenia podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

W kwestii oświadczenia złożonego w treści formularza ofertowego, to w ocenie Izby wskazanie, że zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawcy dla „oczyszczania letniego dróg w zakresie doradztwa i konsultacji” nie wpływało w żaden negatywny sposób na prawidłowość złożonego zobowiązania i wykazanie przez Przystępującego możliwości rzeczywistego korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Przeciwnie, potwierdza to realność udostępnienia zasobu. Doradztwo i konsultacje nie są przedmiotem tego zamówienia, nie są elementem świadczenia *sensu stricte* na rzecz Zamawiającego, który mógłby zostać zlecony podwykonawcy. Doradztwo i konsultacje są natomiast formą przekazania zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla należytego wykonania zamówienia. Złożone oświadczenie wskazuje, że w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia wykonawca będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu – a więc, że dysponuje tym potencjałem w zakresie, który pozwoli mu na należyte wykonanie wszystkich zadań związanych z realizacją zamówienia. Pewna nieprecyzyjność tego oświadczenia nie mogła stanowić o wadliwości całej oferty, zwłaszcza, że zastosowanie mógłby tu znaleźć art. 87 ust. 1 Pzp, co jednak nie zostało objęte zarzutami odwołania.

Końcowo należy także wskazać, że Odwołujący nie przedstawił żadnych rzeczowych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a to jego obowiązkiem było wykazanie, że zobowiązanie jest wadliwe, fikcyjne bądź niezgodne z przepisami prawa, a w konsekwencji, że nie świadczy ono o rzeczywistym udostępnieniu zasobu. Takich dowodów Izba nie otrzymała. Argumenty o naturze rozważań, dyskwalifikowanie pewnych hipotetycznych wybranych założeń (jak to, że konsultacje czy doradztwo miałyby być przez telefon bez obecności na miejscu, czego zresztą Przystępujący wcale nie przyznawał) czy wreszcie odwoływanie się do poglądów wywiedzionych w oparciu o inne stany faktyczne, nie mogło samo w sobie być wystarczające dla przyznania w tej konkretnej sprawie racji Odwołującemu. Odwołujący podnosił, że wykonawca ma udowodnić korzystanie z zasobu – takim dowodem jest właśnie z woli ustawodawcy m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego,

które zostało złożone przez Przystępującego i jest to zobowiązanie szczegółowo przedstawiające, jakie zasoby, na jakiej podstawie prawnej i w jakiej formie będą wykorzystywane. Odwołujący nie przedłożył dowodów ani argumentacji, które podważałyby to zobowiązanie. W ocenie Izby, skoro podmiot trzeci będzie brał czynny udział w wykonaniu zamówienia – a o tym świadczy jednoznacznie treść zobowiązania – następnie osoby przez ten podmiot oddelegowane – będące w istocie nośnikami wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego – będą przekazywać posiadaną przez ten podmiot wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji zadania i na różnych jego płaszczyznach, to wszystko to razem przemawia za tym, że wykonawca zapewnił sobie właśnie rzeczywisty dostęp do zasobu i zapewnił sobie możliwość praktycznego wykorzystania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Reasumując, Przystępujący stosownie do wymogów art. 26 ust. 2b Pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia udowodnił dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego. Przeprowadzona w tym zakresie przez Zamawiającego ocena jest prawidłowa i zgodna z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, nie zaistniały przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a tym samym nie potwierdził się zarzut zaniechania zastosowania tego przepisu.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (§ 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**