Sygn. akt: KIO 1431/15

WYROK
z dnia 21 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Z. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Biuro Turystyczne Kliper, Z. B. w Piastowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **miasto st. Warszawa, dzielnica Mokotów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Luxury Medical Care sp. z o.o. sp. k. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **A.** Ś., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. Ś. w Warszawie, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **B. M.j,** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Bomal Transport, B. M. w Brwinowie, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **D. M.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. Mobile, D. M. w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert w zakresie części I, w tym wezwanie A.** Ś., **prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A.** Ś. **w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części I, pkt 1.1. tiret drugie odnośnie części pierwszej zamówienia) z tego powodu,** że **wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, wymienionego w wykazie usług, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia ani** że **stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża **miasto st. Warszawa, dzielnica Mokotów w Warszawie** i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Z. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Biuro Turystyczne Kliper, Z. B. w Piastowie** tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od **miasta st. Warszawy, dzielnicy Mokotów w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Z. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Biuro Turystyczne Kliper, Z. B. w Piastowi** kwotę **17.952 zł 00 gr** (słownie: siedemnastu tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu dwóch złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1431/15

Uzasadnienie

Zamawiający - miasto st. Warszawa, dzielnicy Mokotów w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „dowóz 100 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie dzielnicy Mokotów do placówek oświatowych na trasie dom – placówka oświatowa – dom dla siedmiu obszarów Mokotowa". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2015 r., nr 2015/S 075-132178.

W dniu 26 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał wykonawcy Z. B., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Turystyczne Kliper, Z. B. w Piastowie, zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej we wszystkich częściach przedmiotu zamówienia.

W dniu 6 lipca 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności badania i oceny ofert,
2) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Luxury Medical Care sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, oraz wykonawcy A. Ś., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. Ś. w Warszawie, oraz/lub zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców,
3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia na które złożył ofertę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Luxury Medical Care sp. z o.o. sp. komandytowa, zwanego dalej „przystępującym LMC",
2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy A. Ś., zwanej dalej „przystępującym Ś.",
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp w związku z zapisem SIWZ, iż „jeden wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 4 (cztery) części zamówienia" poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie powiązanych ze sobą wykonawców przystępującego LMC oraz przystępującego Ś.,
4) art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp w związku z zapisem SIWZ „jeden wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 4 (cztery) części zamówienia" poprzez

jego niezastosowanie i nie odrzucenie ofert przystępującego LMC oraz przystępującego Ś.,
5) art. 7 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców albowiem pomimo że oferty złożone przez przystępującego LMC oraz przez przystępującego Ś. nie odpowiadają wszelkim wymaganiom SIWZ (w zakresie posiadanego potencjału, co budziło w zamawiającym uzasadnione wątpliwości) zamawiający wybrał oferty tych wykonawców w poszczególnych częściach zamówienia, pomimo zastrzeżeń z punktu widzenia przepisów prawa oraz SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał od wykonawców wykazania wykonania lub wykonywania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych o określonej

wartości. Wywiódł, że przystępujący LMC nie spełnia postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Postępowanie dotyczy usługi przewozu osób a nie usług transportu sanitarnego. Argumentował, że usługa przewozu osób jest określona w PKD w podklasie 49.39.Z *Pozostały transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany*. Nadto, jest regulowany przez ustawę z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym. Drugi rodzaj transportu usługa przewozu sanitarnego jest określony w PKD pod numerem 86.90.B Działalność pogotowia ratunkowego. Nadto, jest regulowany ustawą z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W ustawie o transporcie drogowym stwierdzono, iż przepisów ustawy nie stosuje się do przewozu drogowego wykonywanego pojazdami samochodowymi lub zespołami pojazdów zespołów ratownictwa medycznego oraz w ramach usług transportu sanitarnego. Z kolei, definicja usług transportu sanitarnego znajduje się w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Usługi przewozu osób wymagają licencji na wykonywanie transportu drogowego - zgodnie z ustawą o transporcie drogowym oraz są opodatkowane stawką 8 % podatku od towarów i usług. Usługi transportu sanitarnego nie wymagają licencji (mogą wymagać wpisu do rejestru podmiotów leczniczych) oraz są zwolnione od podatku od towarów i usług. Warunek SIWZ dotyczący wiedzy i doświadczenia przewidywał konieczność legitymowania się jedną usługą polegającą na przewozie osób (niepełnosprawnych). Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący uważał, iż warunek ten dotyczył jednej usługi, a usługa ta miała polegać na przewozie osób (zgodnie z ustawą prawo o transporcie drogowym), a nie na usłudze transportu sanitarnego. Tylko bowiem w ten sposób rozumiany warunek udziału będzie adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że przystępujący LMC celem potwierdzenia spełniania

warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazał następujące usługi:

a) transport osób niepełnosprawnych dla Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie w okresie od 1.03.2014 r. do 29.02.2016 r. wartość brutto usługi: 360.000,00 złotych,
b) transport osób niepełnosprawnych dla Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie w okresie od 19.01.2012 r. do 18.01.2013 r. wartość brutto usługi: 270.000,00 złotych.

Odwołujący wywiódł, że przedstawione doświadczenie dotyczy usług transportu sanitarnego a nie usług transportu osób. Potwierdza to fakt, że licencję (decyzję) na wykonywanie transportu drogowego osób przystępujący LMC uzyskał dopiero 29 kwietnia 2015 roku, a więc nie posiadał tej licencji wcześniej i nie świadczył wcześniej usług transportu osób. Potwierdza to także polisa i przewidziany w niej zakres ochrony ubezpieczeniowej, która to polisa wyraźnie stwierdza, iż rodzajem prowadzonej działalności jest wykonywanie transportu sanitarnego.

Ponadto, jeżeli chodzi o usługę zrealizowaną na rzecz Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie w okresie od 19.01.2012 do 18.01.2013 r. to wykonawca oświadczył, iż wartość brutto usługi wyniosła: 270 000,00 złotych. Przedstawiona usługa dotyczy transportu sanitarnego osób (pacjentów) dializowanych. A zatem, nie są to pacjenci niepełnosprawni (jak w warunku udziału). Jedyne co można stwierdzić, to że niektórzy z tych pacjentów dializowanych są/byli pacjentami niepełnosprawnymi. Na pewno nie wszyscy pacjenci dializowani są/byli niepełnosprawni. W celu wyjaśnienia ww. wątpliwości odwołujący zwrócił się do Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w dniu 26 maja 2015 r. z prośbą o wyjaśnienie ww. kwestii. Uzyskał odpowiedź, że wartość umowy (nr 1/KH/2012) wyniosła kwotę 260.564,52 złotych, a nie jak podał przystępujący LMC 270.000,00 złotych. Po drugie, przystępujący LMC w czasie obowiązywania umowy przewoził 49 pacjentów na stałe dializowanych, w tym 4 noszonych i 7 wymagających asysty. Zatem, nie wszyscy pacjenci byli niepełnosprawni, a jedynie co najwyżej 4 noszone i 7 wymagające asysty, czyli 11 z 49 osób. Skoro wartość umowy wyniosła 260.564,52 złotych, a liczba pacjentów wynosiła 49 osób to oznacza, iż na każdą osobę Szpital wydał 5.317,64 złote. Jeśli przyjmiemy, iż 11 z 49 osób to były osoby niepełnosprawne, to mnożąc liczbę niepełnosprawnych (11 osób) oraz kwotę na każdego pacjenta w wysokości 5.317,64 złote otrzymujemy wartość usługi polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych w wysokości 58.494,07 złote.

Odwołujący argumentował, że w piśmie z dnia 3 czerwca 2015 roku zamawiający zwrócił

się do wykonawcy o wyjaśnienia odnośnie wartości usługi odnoszącej sie wyłącznie do transportu osób niepełnosprawnych. Zatem, zamawiający nie zgodził się na utożsamienie

transportu sanitarnego z transportem osób, określonym w SIWZ. Jednakże, zamawiający mimo wszystko chciał się dowiedzieć, ile osób spośród osób dializowanych było osobami niepełnosprawnymi. Pismem z dnia 9 czerwca 2015 roku przystępujący LMC wskazał, w zakresie usług świadczonych dla Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus, iż wykonywał również inną usługę (usługę transportu sanitarnego) (nr umowy 106/KH/2012/1), w której świadczyła także usługi przewozu osób niepełnosprawnych. W tym zakresie wykonawca zmienił swoje oświadczenie (wykaz usług). W związku z tym, zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2015 roku zwrócił się do Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus o wyjaśnienia/informacje: czy Wykonawca świadczył usługę dowozu osób niepełnosprawnych na kwotę co najmniej 270 tysięcy złotych w ramach umowy 106/KH/2015. W dniu 15 czerwca 2015 r. zamawiający otrzymał niejednoznaczna odpowiedź. W związku z tym, 19 czerwca 2015 r. zamawiający ponownie zwrócił się o wyjaśnienia/informacje do Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus. W dniu 19 czerwca 2015 roku zamawiający otrzymał mailem odpowiedź od M. W. ze Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus. Ww. odpowiedź jest nierzeczowa i nie rozwiewa wątpliwości zamawiającego. Podobne zastrzeżenia co do posiadania przez przystępującego LMC wiedzy i doświadczenia, zamawiający powziął w zakresie usług świadczonych przez tego wykonawcę dla Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie. Zamawiający również w tym zakresie zwrócił się o wyjaśnienia zarówno dla wykonawcy, jak również do szpitala. Udzielone odpowiedzi jednoznacznie nie stwierdzają okoliczności, które zamawiający chciał aby zostały wyjaśnione.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający posiadł również uzasadnione wątpliwości co do tego czy przystępujący LMC spełnia warunek posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej w postaci posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W tym celu zwrócił się do wykonawcy LMC w dniu 3 czerwca 2015 roku o uzupełnienie dokumentu, który jednakże nie został uzupełniony.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że oferta przystępującego Ś. została złożona tylko i wyłącznie w celu ominięcia przez przystępującego LMC zapisu SIWZ, który uniemożliwia złożenie ofert na więcej niż cztery części zamówienia. O tym, iż oferta przystępującego Ś. łączy się ściśle z ofertą przystępującego LMC (na podstawie zawartego porozumienia) i została złożona tylko i wyłącznie w celu ominięcia zapisów SIWZ, który pozwala na złożenie oferty maksymalnie na cztery części zamówienia świadczy:

a) złożenie oferty przez wykonawców na części zamówienia, na które nie złożył oferty drugi wykonawca,
b) przystępujący Ś. polega w całości na zasobach LMC, w szczególności na zasobach dotyczących wiedzy i doświadczenia,

c) wszystko wskazuje na fakt, iż osoby zdolne do wykonania zamówienia zadeklarowane przez przystępującego Ś. są pracownikami LMC,
d) oferta przystępującego Ś., jak również oferta LMC zostały sporządzone tym samym pismem odręcznym,
e) firma przystępującego Ś. została zarejestrowana w CEiDG w dniu 4 maja 2015 roku, licencje na przewóz osób uzyskała w dniu 19 maja 2015 roku, polisa odpowiedzialności cywilnej została zawarta w dniu 23 maja 2015 roku w sytuacji, gdy postępowanie zostało opublikowane w DUUE w dniu 17 kwietnia 2015 roku,
f) odpowiedź na wezwanie zamawiającego odnośnie kalkulacji ceny oferty (pismo zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 roku) jest taka sama zarówno jeśli chodzi o A. Ś., jak również LMC (pisma z dnia 17 czerwca 2015 roku).

W zakresie zarzutu niewykazania przez przystępującego Ś. warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, iż wykonawca ten polegał w całości na potencjale wykonawcy LMC. Charakter przedmiotu zamówienia, wymaga osobistego uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie w realizacji

przedmiotu zamówienia. Przewóz osób, a w szczególności osób niepełnosprawnych - dzieci, wymaga stosowania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, gdyż niewłaściwe wykonywanie tej usługi może narazić zarówno przewoźnika ale szczególnie pasażera na niebezpieczne z punktu widzenia ruchu drogowego skutki. Wiedza i doświadczenie implikuje zdolność do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie doradztwo. Na wyjątkowy charakter przedmiotu zamówienia wskazał sam zamawiający, który stawiając warunek wiedzy i doświadczenia wskazał i podkreślił, iż oczekuje wykazania się realizacją usługi polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych, a nie jakiejkolwiek usługi polegającej na przewozie osób. Doświadczenia nie da się przekazać jedynie przez doradztwo, gdyż przewóz osób niepełnosprawnych wymaga każdorazowej oceny danych okoliczności, w szczególności indywidualnych przymiotów osoby przewożonej, tj.: wyników bezpośredniej obserwacji wszystkich okoliczności związanych z transportem. Tym samym, nawet całodobowe doradztwo (w jakikolwiek sposób) nie zapewnia przystępującemu Ś. przekazania wiedzy i doświadczenia w sposób adekwatny do potrzeb i specyfiki zamówienia. Wobec powyższego, posiadane doświadczenie może być wykorzystane w celu zapewnienia prawidłowej realizacji usługi, tylko poprzez bezpośrednie uczestnictwo podmiotu trzeciego w jej realizacji. Jedynie taki sposób udostępnienia zasobów, gwarantuje realność zobowiązania i faktyczne wykazanie spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy na specyfikę doświadczenia podlegającego udostępnieniu. W dalszej części odwołania odwołujący przywołał orzeczenia Izby, piśmiennictwa a także Trybunału

Sprawiedliwości UE co do konieczności udowodnienia realności przekazania zasobu przez podmiot trzeci wykonawcy, który sam takiego zasobu nie posiada.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru ofert przystępującego LMC oraz/lub oferty przystępującego Ś.,
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3) wykluczenia przystępującego LMC oraz przystępującego Ś. z postępowania oraz/lub odrzucenia ofert tych wykonawców,
4) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący LMC. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący Ś. . Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie D. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. Mobile, D. M. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosiła przystąpienie B. M., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Bomal Transport, B. M. w Brwinowie. Wniosła o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego LMC, ofertę złożoną przez przystępującego Ś., **wezwań zamawiającego kierowane do przystępującego LMC, na wezwania odpowiedzi ww. wykonawcy zamawiającego, korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z Samodzielnym Publicznym Centralnym Szpitalem Klinicznym przy ul. Banacha w Warszawie, korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z Szpitalem Klinicznym Dzieciątka Jezus przy ul. Lindleya w Warszawie, zawiadomienie zamawiającego o wyborze ofert najkorzystniejszych, korespondencji mailową ze Szpitalem Klinicznym Dzieciątka Jezus przy ul. Lindleya załączoną do odwołania, odwołanie, zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

Zamawiający – miasto st. Warszawa, dzielnica Mokotów w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „dowóz 100 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie dzielnicy Mokotów do placówek oświatowych na trasie dom – placówka oświatowa – dom dla siedmiu obszarów Mokotowa".

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę A. Ś., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę LMC, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185

ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę B. M., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę D. M., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba, na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję zamawiającego wobec przystąpienia D. M. w całości, B. M. w całości jak również wykonawcy LMC w zakresie części 1, 2, 3, 4, 7 zamówienia, uznając że zamawiający nie uprawdopodobnił, aby wykonawcy ci nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili. Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby podniósł, że przystąpienia te nie są zasadne, albowiem odwołanie zostało wniesione wyłącznie w częściach 1, 5 i 6, a ponadto w tych części zamówienia, w których wniesiono odwołanie, przystępujący nie złożyli własnej oferty.

Izba stwierdziła, że lektura odwołania prowadziła do wniosku, iż odwołujący

zdecydował się wnieść odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego bez ograniczenia tylko do części 1, 5, 6 zamówienia. W treści odwołania odwołujący nie ograniczył swych zarzutów jedynie do tych części. Jedynie uzasadniając przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazywał na te części zamówienia, w których jego oferta znajdowała się bezpośrednio za ofertami przystępującego LMC i przystępującego Ś., czyli części 1, 5 i 6 zamówienia. Powyższe odwołujący potwierdził w trakcie posiedzenia oświadczając, że jego intencją było zaskarżenie rozstrzygnięcia zamawiającego we wszystkich częściach. Wzięto pod uwagę, że ewentualny brak legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje oddaleniem odwołania po przeprowadzeniu rozprawy. Wobec takiej treści odwołania i stanowiska samego odwołującego uznano, że orzeczenie Izby dotyczyć będzie wszystkich części zamówienia, a zatem wszyscy przystępujący posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jedynie w odniesieniu do części 1, 5 i 6 zamówienia. Zgodnie z przywołanym przepisem, środki *ochrony prawnej przysługują*

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty odnośnie zaniechania czynności wykluczenia przystępującego LMC oraz przystępującego Ś. względnie zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców. Uzasadniając posiadanie przez siebie legitymacji do wniesienia odwołania argumentował w odwołaniu, że *w wypadku utrzymania w mocy czynności zamawiającego, oferta Odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą tam gdzie najkorzystniejszymi okazały się oferty wykonawcy LMC oraz A.* Ś. . Izba stwierdziła, że sytuacja o której wspomniał w odwołaniu odwołujący, występuje jedynie w części 1, 5 i 6 zamówienia. Jedynie bowiem w tych częściach oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu bądź za ofertą LMC bądź za ofertą przystępującego Ś. i może zostać uznana za najkorzystniejszą w razie potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wobec niewykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do rozstrzygnięcia w częściach 2, 3, 4 i 7 odwołanie podlegało oddaleniu w tych częściach, bez merytorycznego rozpoznania.

1. Zarzuty dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy LMC i przystępującego Ś.

Ustalono, że zamawiający w części I SIWZ, w pkt 1 wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie. Na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający dokonał w SIWZ opisu, w jaki sposób oceniał będzie warunek wiedzy i doświadczenia. W pkt 1.1. zamawiający przesądził, że *wymagane jest wykazanie wykonania lub wykonywania 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 przewozie osób niepełnosprawnych, o wartości nie mniejszej niż:*
— część pierwsza - obszar mokotów I - 185 000 pln brutto,
— część druga - obszar mokotów II -170 000 pln brutto,
— część trzecia - obszar mokotów III - 155 000 pln brutto,
— część czwarta - obszar mokotów IV - 240 000 pln brutto,
— część piąta - obszar mokotów V - 210 000 pln brutto,
— część szósta - obszar mokotów VI - 210 000 pln brutto,
— część siódma - obszar mokotów VII - 240 000 pln brutto.
W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia *okresowe i ciągłe, dopuszcza się wykazanie nie tylko zamówień wykonanych (zakończonych), ale również*

wykonywanych. W takim przypadku część usługi już faktycznie wykonana musi wypełniać wymogi określone przez zamawiającego

W pkt 3.1. SIWZ zamawiający przesądził, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 ustawy wykonawca składa:

a) Wykaz 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane (wzór druku załączniki nr 5A, 5B, 5C, 5D, 5E, 5F, 5G do SIWZ)*
Wykaz musi zawierać co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie osób niepełnosprawnych o wartości nie mniejszej niż:
— część pierwsza - obszar mokotów I- 185 000 pln brutto
— część druga - obszar mokotów II - 170 000 pln brutto
— część trzecia - obszar mokotów III - 155 000 pln brutto
— część czwarta - obszar mokotów IV - 240 000 pln brutto
— część piąta - obszar mokotów V - 210 000 pln brutto
— część szósta - obszar mokotów VI - 210 000 pln brutto
— część siódma - obszar mokotów VII - 240 000 pln brutto
b) dowody, że wykazane w załączniku nr 5A, 5B, 5C, 5D, 5E, 5F, 5G usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie

W tym samym postanowieniu SIWZ zamawiający wskazał, 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 w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotów, oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia – w formie oryginałów (wzór druku załącznik nr 7A, 7B, 7C, 7D, 7E, 7F, 7G do SIWZ).*
Zamawiający wymaga aby składany dokument w szczególności zawierał informacje:
- jaki rodzaj zasobu jest udostępniany,
- w jakiej formie podmiot udostępniający zasób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia,
- w jakim okresie podmiot udostępniający zasób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia,
- jaki stosunek łączy wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób.

We wzorze załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający przesądził, że *jeżeli wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia sporządza oddzielny wykaz usług dla*

każdej z części. Usługi wykazane w jednej części zamówienia mogą być powtórzone w wykazie dla innej części zamówienia.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert, swoją ofertę złożył m.in. przystępujący LMC (część 4, 5, 6, 7) i przystępujący Ś. (część 1, 2, 3).

Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, przystępujący LMC złożył wykaz usług. W wykazie tym wymienił:

1) usługę w zakresie transportu osób niepełnosprawnych o wartości 360.000 zł, wykonywaną w okresie od 1 marca 2014 r. do 29 lutego 2016 r. na rzecz Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego przy ul. Banacha w Warszawie,
2) usługę w zakresie transportu osób niepełnosprawnych o wartości 270.000 zł, wykonywaną w okresie od 19 stycznia 2012 r. do 18 stycznia 2013 r. na rzecz Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus przy ul. Lindleya w Warszawie.

Do wykazu przystępujący LMC załączył:

1) referencje Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego przy ul. Banacha w Warszawie z 26 marca 2015 r. z których wynika m.in., że przystępujący LMC świadczy na rzecz tego szpitala usługi transportowe pacjentów dializowanych (w tym również osób niepełnosprawnych),
2) referencje Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus przy ul. Lindleya w Warszawie z 27 marca 2015 r., z których wynika m.in., że w ramach zawartych umów przystępujący LMC świadczył usługi transportu sanitarnego pacjentów szpitalnych (od 19 stycznia 2011 roku do 26 stycznia 2015 r.), a także transportu pacjentów dializowanych (w tym osób niepełnosprawnych, od 19 stycznia 2012 r. do 18 stycznia 2013 r.).

Ustalono także, że przystępujący Ś., celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedstawił tożsame dokumenty. Nadto złożył zobowiązanie wystawione przez LMC, na mocy którego LMC zobowiązuje się do oddania na rzecz przystępującego Ś. zasobu wiedzy i doświadczenia na okres od 1 września 2015 r. do 24 czerwca 2016 r. W zobowiązaniu tym wskazano „doradztwo" jako formę, w jakiej podmiot udostępniający zasób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Jako stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób wskazano „umowa o współpracę".

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 3 czerwca 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego LMC do złożenia wyjaśnień. W odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 1 wykazu zamawiający poprosił o wyjaśnienie czy wpisana w wykazie wartość dotyczy usługi transportu osób niepełnosprawnych świadczonej od dnia zawarcia umowy do dnia otwarcia ofert. W

odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 2 wykazu zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy wartości usługi odnoszącej się wyłącznie do transportu osób niepełnosprawnych.

Stwierdzono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący LMC – w odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 1 wykazu – wyjaśnił, że w ramach umowy transportu sanitarnego świadczył także usługi przewozu niepełnosprawnych. Całkowita wartość usług wyniosła 1.759 tys. zł, w tym w zakresie przewozu osób niepełnosprawnych wynosiła powyżej 360.000 zł, na potwierdzenie czego złożył dodatkowe pismo szpitala z 8 czerwca 2015 r. W piśmie tym ww. szpital oświadcza m.in., że całkowita wartość usług do 30.04.2015 r. wyniosła 1.759 tys. zł, w tym w zakresie przewozu osób z ograniczeniami ruchowymi, osób niepełnosprawnych które wymagają pomocy sanitariusza wynosiła powyżej 360.000 zł.

W dalszej części wyjaśnień przystępujący LMC oświadczył, że na podstawie umowy 106/KH/2012/1 z Szpitalem Klinicznym Dzieciątka Jezus świadczył usługi transportu sanitarnego. W ramach świadczonych usług spółka świadczyła także usługi przewozu osób niepełnosprawnych. Wartość usługi polegającej na przewozie osób niepełnosprawnych wynosiła co najmniej 270 tys. zł. Na potwierdzenie powyższego złożył wykaz zawierający w pkt 2 usługę polegającą na realizacji umowy 106/KH/2012/1, oraz pismo Szpitala z 8 czerwca 2015 r. W piśmie z 8 czerwca 2015 r. szpital oświadcza, że przystępujący LMC realizował na rzecz szpitala usługi transportu sanitarnego (umowa nr 6/DAG/2010/1 realizowana w okresie 19.01.2011 do 18.01.2013 i umowa nr 106/KH/2012/1 realizowana w okresie 19.01.2013 do 18.01.2015) oraz usługę transportu pacjentów dializowanych na podstawie umowy 1/KH/2012 w okresie od 1.2.2012 do 18.01.2013 (…). Wartość usługi świadczonej na podstawie umowy 106/KH/2012 w zakresie przewozu osób niepełnosprawnych wynosiła co najmniej 270.000 zł.

Ustalono również, że pismem z 15 czerwca 2015 r. zamawiający zwrócił się do Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego przy ul. Banacha w Warszawie z prośbą o udzielenie informacji czy przystępujący LMC świadczył na rzecz szpitala usługę polegającą na przewozie osób niepełnosprawnych na określoną kwotę. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny przy ul. Banacha w Warszawie przesłał zamawiającemu pismo z 22 czerwca 2015 r. W piśmie tym oświadczył m.in., że od 1 marca 2014 r. do 30 kwietnia 2015 r. przystępujący LMC na podstawie umowy z 27 lutego 2014 r. wykonał usługi na łączną kwotę 1.759 tys. zł. Na usługi wykonywane w ramach umowy wchodziły również usługi, które wymagają transportu pacjenta z sanitariuszem – dotyczy to transportu pacjentów z ograniczeniami ruchowymi „niepełnosprawnych", dla których niezbędna jest pomoc sanitariusza. Na te usługi wchodzą:

a) karetka przewozowa z sanitariuszem w promieniu do 30 km – wartość ponad 654 tys. zł,

b) karetka przewozowa powyżej 30 km (wyjazdy tylko z sanitariuszem) – 97 tys. zł
c) karetki wożące pacjentów dializowanych do i ze stacji dializ (wyjazdy z sanitariuszem) – 170 tys. zł.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2015 r. zwrócił się do

Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus z prośbą o informację, czy przystępujący LMC świadczył usługę dowozu osób niepełnosprawnych na kwotę co najmniej 270.000 zł w ramach umowy 106/KH/2012. W odpowiedzi na ww. pismo zamawiający otrzymał maila z ww. szpitala z 15.06.2015 r., w którym szpital poświadcza, iż w ramach umowy 106/KH/2012 realizowane były transporty osób niepełnosprawnych, z dysfunkcją narządu ruchu, w pozycji leżącej, w asyście ratowników medycznych lub sanitariusza, na kwotę co najmniej 270.000 zł.

Ustalono także, że zamawiający pismem z 19 czerwca 2015 r. zwrócił się do Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus czy użyte w mailu sformułowanie *z dysfunkcją narządu ruchu, w pozycji leżącej, w asyście ratowników medycznych lub sanitariusza* odnoszą się do osób niepełnosprawnych. Przywołał definicję niepełnosprawności z ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. W odpowiedzi na ww. pismo zamawiający otrzymał od ww. szpitala maila z 19 czerwca 2015 r. W mailu tym szpital stwierdza, że ponieważ opisany przez zamawiającego warunek nie precyzował pojęcia „osoba niepełnosprawna", w szczególności nie wskazywał na ww. definicję, wyjaśnienia udzielone w dniu 15 czerwca 2015 r. uważa za wystarczające.

Odwołujący załączył do odwołania maila ze Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus z 27 maja 2015 r. w którym szpital oświadcza, że umowa nr 1/KH/2012 na transport pacjentów dializowanych zawarta 24 stycznia 2012 r. w okresie od 1.2.2012 do 18.01.2013 r. osiągnęła wartość 260.564,52 zł. Firma LMC w tym czasie przewoziła 49 pacjentów na stałe dializowanych, w tym 4 noszonych i 7 wymagających asysty. W ciągu miesiąca wykonywali około 49 x 3 dializy tygodniowo = 147 przewozów w jedną stronę (na dializę), z powrotem 147 x 2 = 294.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Niezasadne okazały się zarzuty odwołującego dotyczące wiedzy i doświadczenia przystępującego LMC. Warunek udziału w postępowaniu zamawiający opisał w ten sposób, że wymagał, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie osób niepełnosprawnych o określonej wartości.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w opisie warunku nigdzie nie wskazał, że mają być to usługi przewozu osób niepełnosprawnych wymagające licencji na wykonywanie transportu drogowego - zgodnie z ustawą o transporcie drogowym. Powyższe oznaczało, że warunek ten można było rozumieć w ten sposób, jak interpretowali go zamawiający i przystępujący po jego stronie, a mianowicie jako chęć znalezienia takiego wykonawcy, który posiada wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usługi przewozu osób niepełnosprawnych niezależnie od reżimu ustawowego, na podstawie którego taki przewóz się odbywał. To, że przedmiotem zamówienia rzeczywiście są usługi przewozu osób wymagające licencji na wykonywanie transportu drogowego - zgodnie z ustawą o transporcie drogowym - nie oznaczało samo przez się, że o udzielenie zamówienia w myśl SIWZ mogli ubiegać się wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonywaniu identycznej usługi. Uszło uwadze zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia, o który mowa w art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest zupełnie inną czynnością aniżeli warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Reguły dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte są w art. 29 i n. ustawy Pzp, z kolei kwestii warunków i ich opisu dotyczy art. 22 ustawy Pzp. Jak wynika z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis warunku powinien być jedynie związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, z przepisu tego wynika, że opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co – jak wynika z orzecznictwa TS UE - oznacza, że nie może być nadmierny czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia.

Jak wynikało z postanowień pkt 1.1. SIWZ, zamawiający, który zamawiał przewóz osób niepełnosprawnych i który rzeczywiście będzie realizowany na podstawie licencji transportu drogowego uznał, że wystarczające będzie doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu przewozu osób niepełnosprawnych wykonywanego w jakimkolwiek reżimie

ustawowym. Jeżeli odwołujący i przystępujący po jego stronie uważali, że warunek udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego jest zbyt liberalny to mieli prawo kwestionować postanowienia specyfikacji. Ponieważ odwołujący i przystępujący po jego stronie w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zdecydowali się kwestionować opisu warunku, to postanowienia SIWZ stały się ostateczne i wiążące tak dla zamawiającego jak i dla wszystkich wykonawców.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogli wykazywać się posiadaniem doświadczenia w wykonywaniu usługi przewozu osób niepełnosprawnych realizowanej w ramach usług transportu sanitarnego. Na konieczność takiej interpretacji warunku wskazywała również jednolicie prezentowana w orzecznictwie

Izby reguła, że wszelkich niejasnych postanowień SIWZ nie tłumaczy się na niekorzyść wykonawcy.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że przystępujący LMC wykazał spełnienie warunku poprzez usługę wymienioną w wierszu 1 złożonego przez niego wykazu usług. Przystępujący powołał się na usługę przewozu osób niepełnosprawnych wykonywaną w ramach usługi transportu sanitarnego realizowanej na rzecz Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego przy ul. Banacha w Warszawie. Zamawiający w toku wyjaśnień uzyskał wyczerpującą i jednoznaczną odpowiedź, że w ramach wykonywania usługi transportu sanitarnego w okresie od dnia zawarcia umowy do upływu terminu składania ofert LMC wykonało usługi przewozu osób niepełnosprawnych na wartość co najmniej 360.000 zł. Powyższe wynikało z sposób jednoznaczny z wyjaśnień przystępującego LMC z 9 czerwca 2015 r. Jedynie potwierdzeniem oświadczenia wykonawcy były oświadczenia szpitala z 8 czerwca 2015 r. oraz z dnia 22 czerwca 2015 r.

Dostrzec należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca wykazuje warunek udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Zakres został sprecyzowany w pkt 3.1. SIWZ w którym zamawiający wymagał na potwierdzenie warunku złożenia jedynie wykazu usług i dowodu potwierdzającego fakt należytego wykonania usługi. Uszło uwadze odwołującego, że rolą dowodu (dokumentu referencyjnego) nie jest precyzyjne określanie realizowanej usługi, a wyłącznie potwierdzenie faktu należytego wykonania usługi, co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie. W szczególności nie jest rolą dokumentu referencyjnego szczegółowe określanie przedmiotu usługi tak aby odpowiadała treści warunku. Taką rolę spełnia wykaz usług – dokument sporządzany przez samego wykonawcę. W wykazie przystępujący wyraźnie wskazał na wartość usługi w odniesieniu do przewozu osób niepełnosprawnych o wartości ponad 360.000 zł, zaś w swych wyjaśnieniach doprecyzował, że wartość 360.000 zł osiągnięto do 30 kwietnia 2015 r. Fakt należytego wykonania usługi potwierdził zaś szpital.

Ponieważ przystępujący LMC złożył wszystkie dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ celem potwierdzenia warunku, to na odwołującym i przystępującym po jego stronie spoczywał obowiązek wykazania okoliczności przeciwnej zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Jeżeli uważali, że wartość przewozu osób niepełnosprawnych w ramach ww. umowy – wbrew stanowisku zamawiającego, przystępującego LMC i stanowisku szpitala - była niższa, to mieli obowiązek przedstawić jednoznaczne, precyzyjne i wyczerpujące dowody na poparcie swych twierdzeń. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony mają obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowodów takich Izbie jednak nie przedstawili.

Ponieważ przystępujący LMC złożył ofertę na części 4, 5, 6, 7 SIWZ, to w myśl pkt 1.1. SIWZ obowiązany był wykazać doświadczenie w przewozie osób niepełnosprawnych na

kwotę 240.000 zł. Zamawiający dopuścił bowiem możliwość wykazywania tego samego doświadczenia na potwierdzenie warunku w różnych częściach (arg. ze wzoru załącznika nr 5 do SIWZ). Wykazana przez przystępującego wartość usługi przewozu osób niepełnosprawnych na kwotę ponad 360.000 zł okazała się zatem wystarczająca dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec wykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu przez usługę wykonaną przez przystępującego LMC na rzecz Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego przy ul. Banacha w Warszawie zbędne okazało się analizowanie, czy

warunkowi udziału w postępowaniu odpowiadają usługi wykonywane przez LMC na rzecz Szpitala Dzieciątka Jezus przy ul. Lindleya w Warszawie. Ponadto nawet wykazanie dopuszczenia się złożenia nieprawdziwych informacji w tym zakresie pozostałoby bez wpływu na wynik postępowania (arg. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Zasadny okazał się zarzut odwołującego odnośnie nieudowodnienia przez A. Ś. realności polegania na zasobie wiedzy i przystępującego doświadczenia przystępującego LMC.

Zdaniem Izby odwołujący słusznie podniósł, że przystępujący Ś. nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia przystępującego LMC, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia ani że stosunek łączący wykonawcę z tą firmą zagwarantuje jej rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Jak wynika z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. poz. 231) takiemu właśnie celowi mają służyć dowody składane przez wykonawcę.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE", Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO *jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego.* Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) *(por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-*

Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, *sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy.* Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible).* Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) *(por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).*

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą". W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona,

dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach" i w „przypadku konkretnego zamówienia". Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. „Takie *odwołanie się do zewnętrznych* środków *podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.".* „Przepisy *dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia."* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. „Jeśli *celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.".*

Na konieczność wnikliwej analizy konkretności dowodów składanych celem wykazania realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego zwrócono również uwagę choćby w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 2 stycznia 2015 r. sygn. akt XII Ga 715/14 czy w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt X Ga 21/15 (dostępne na stronie internetowej uzp.gov.pl).

Zdaniem Izby przystępujący Ś. nie zdołał udowodnić zamawiającemu, iż wiedza i doświadczenie przystępującego LMC, wynikające z faktu uprzedniego realizowania usług transportu osób niepełnosprawnych na rzecz szpitali znajdzie takie przełożenie na realizację zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot nieposiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można uznać niezwykle ogólnych fragmentów zobowiązania tego podmiotu sprowadzającego się de facto do jednego zdania o umowie o współpracy łączącej LMC z przystępującym Ś., której treścią ma być bliżej niesprecyzowane doradztwo. O ile można hipotetycznie założyć, że wiedzę teoretyczną w

rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można spróbować przekazać przez doradzanie to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. W analizowanej sprawie nie wiadomo w ogóle jak takie doradzanie będzie się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał przystępującemu Ś. teorię na temat tego, w jaki sposób należy wykonywać usługi transportu sanitarnego. Nie wiadomo jak często owo doradzanie będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy przystępujący Ś. z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie LMC pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Zdaniem Izby owo wsparcie jeśli ma być wsparciem realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły i bieżący.

Natomiast zupełnie nie wiadomo w jaki sposób poprzez owo doradzanie mają zostać przekazane przystępującemu Ś. umiejętności praktyczne (czyli doświadczenie). Podkreślić należy, że doświadczenie są to praktyczne umiejętności, wprawa, biegłość wynikające z tego, że kiedyś już się zrealizowało analogiczną usługę. Nie wiadomo w jaki sposób bliżej niesprecyzowanie doradzanie sprawi, że przystępujący Ś. stanie się doświadczony tak samo jak LMC i będzie realizował zamówienie tak jak podmiot doświadczony.

Skrajnie lakoniczna, enigmatyczna treść zobowiązania w żaden sposób nie uprawniała zamawiającego do ustalenia, że realność polegania na zasobie została udowodniona w jakimkolwiek stopniu. Takich informacji próżno było szukać w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja", o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE. Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Tym niemniej Izba uznała żądanie wykluczenia przystępującego Ś. za przedwczesne i nakazała wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby*

unieważnienie postępowania. Wzięto pod uwagę, że zamawiający, pomimo iż złożono mu ułomne zobowiązanie podmiotu trzeciego, to nie zakwestionował niewykazania realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego. Nie wezwał przystępującego Ś. do złożenia prawidłowych oświadczeń lub dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunku. Dodać należy, że Izba pozostaje związana jedynie zarzutami odwołania, natomiast nie wiążą jej żądania stron. W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu w pkt 1 wyroku wykonanie zaniechanej czynności wezwania.

2. Zarzuty dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej przystępującego LMC

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, w części I SIWZ, w pkt 1.1. opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jaki muszą wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający zastrzegł, że *wymagane jest posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość minimum 150 000 PLN.*

Ustalono także, że w pkt 3.1. SIWZ zamawiający postanowił, iż celem wykazania tak opisanego warunku wykonawcy obowiązani są złożyć *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość minimum 150 000 PLN.*

Ustalono także, że w celu potwierdzenia warunku przystępujący LMC złożył polisę ubezpieczeniową potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W treści polisy określono zakres ubezpieczonej działalności jako „wykonywanie transportu sanitarnego".

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2015 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego LMC do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku. W uzasadnieniu zamawiający przywołał treść polisy złożonej przez LMC w części dotyczącej zakresu ubezpieczonej działalności. Wskazał, że zamawiający określił przedmiot zamówienia jako dowóz dzieci niepełnosprawnych sklasyfikowany kodem CPV – usługi w zakresie specjalistycznego transportu drogowego

osób 601300000-8.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący LMC złożył pismo z 9 czerwca 2015 r. w którym wyjaśniał, że złożona polisa potwierdza spełnienie warunku. Polisa obejmująca swoim zakresem działalność związaną z transportem sanitarnym dotyczy także działalności związanej z przewozem osób niepełnosprawnych. Przystępujący powołując się na orzecznictwo Izby wywiódł, że polisa składana na potwierdzenie warunku musi być

jedynie w minimalnym stopniu związana z przedmiotem zamówienia. Polisa ta jest związana i zbieżna z usługami będącymi przedmiotem zamówienia, a więc przewozem osób niepełnosprawnych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zamawiający wskazał w części I pkt 1.1. SIWZ, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość minimum 150.000 zł. Jak wynikało z analizy oferty przystępującego LMC, wykonawca ten złożył polisę potwierdzającą ubezpieczenie działalności gospodarczej od OC, w której doprecyzowano rodzaj ubezpieczonej działalności gospodarczej jako wykonywanie transportu sanitarnego. Odwołujący wywodził, że zakres ubezpieczonej działalności nie był związany z przedmiotem zamówienia, którym był przewóz osób niepełnosprawnych i uważał, że zamawiający w tej sytuacji zobowiązany był do wykluczenia z postępowania przystępującego LMC na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynikało z przywołanego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający nie oczekiwał ubezpieczenia OC od całej działalności gospodarczej wykonywanej przez wykonawcę. Zamawiający przesądził, że wystarcza dowód ubezpieczenia OC w zakresie tej działalności, która wykazuje związek z przedmiotem zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad działalnością orzeczniczą Izby, zakres ubezpieczonej działalności nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, ale choćby w minimalnym stopniu do niego nawiązywać. Powyższe wynika z faktu, że warunek udziału w postępowaniu ma służyć jedynie zweryfikowaniu zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, w tym zdolności do zapłaty składki ubezpieczeniowej na odpowiednim poziomie. W szczególności rolą takiej polisy nie jest potwierdzenie posiadania ubezpieczenia OC z tytułu szkód jakie mogą pojawić się w trakcie realizacji umowy. Dostrzeżenia wymaga, że ubezpieczenia OC od takich szkód zamawiający wymagał na późniejszym etapie, dopiero do podpisania umowy. Jak wynikało z treści § 3 ust. 9 wzoru umowy, dopiero w trakcie realizacji kontraktu wykonawca zobowiązany będzie posiadać polisę potwierdzającą ubezpieczenie OC w zakresie całej działalności gospodarczej prowadzonej przez siebie. Natomiast związek ubezpieczonej działalności z przedmiotem zamówienia wyraża się choćby w tym, że w ramach transportu sanitarnego wykonywane są

także przewozy osób niepełnosprawnych, co jednoznacznie wynikało z pism szpitali przy ul. Banacha i Lindleya w Warszawie. Treść tych pism przywołano w uzasadnieniu poprzedzającego zarzutu.

Wzięto również pod uwagę, że odwołujący ani przystępujący po jego stronie nie złożyli ogólnych warunków ubezpieczenia ani innego dowodu pochodzącego od ubezpieczyciela, z których wynikałoby jednoznacznie, że ubezpieczony zakres działalności LMC nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Tymczasem jak wynikało z odpisu z KRS przystępującego LMC wykonywał on nie tylko działalność gospodarczą o kodzie PKD 86.90.B - działalność pogotowia ratunkowego, ale także określoną w PKD pod nr 49.39.Z, tj. pozostały transport lądowy pasażerski. Nie wiadomo, czy ubezpieczyciel pod pojęciem „wykonywanie transportu sanitarnego" rozumiał tylko działalność pogotowia ratunkowego czy również pozostały transport lądowy pasażerski. Ubezpieczyciel nie wpisał bowiem w polisie działalności pogotowia ratunkowego jako zakresu działalności objętego ubezpieczeniem.

Biorąc wszystkie powyższe okoliczności pod uwagę Izba stwierdziła, że dokument złożony przez przystępującego LMC potwierdzał spełnienie warunku postawionego przez zamawiającego.

3. Zarzuty dotyczące obejścia przez przystępującego LMC i przystępującego Ś. **zakazu składania ofert częściowych na więcej niż 4 części**

Ustalono, że zamawiający w SIWZ podzielił przedmiot zamówienia na 7 części. Na stronie 2 SIWZ, działając na podstawie art. 83 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegł, że „jeden wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 4 części zamówienia".

Stwierdzono, że przystępujący LMC złożył swoją ofertę na części 4, 5, 6 i 7 zamówienia. Przystępujący Ś. złożył ofertę na części 1, 2 i 3 zamówienia. Ustalono także, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przystępujący powołał się na zasób wiedzy i doświadczenia LMC składając wraz z ofertą pisemne zobowiązanie do udostępniania zasobu. W zobowiązaniu tym wskazano „doradztwo" jako formę, w jakiej podmiot udostępniający zasób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Jako stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób wskazano „umowa o współpracę".

Przystępujący Ś. złożył oświadczenie, że nie należy do żadnej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przystępujący LMC złożył oświadczenie w którym nie wskazał, aby do jego grupy kapitałowej należał przystępujący Ś. .

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Za chybione uznano zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert przystępującego LMC i przystępującego Ś. z powodu naruszenia przez nich zakazu składania ofert na więcej niż 4 części.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 7 części. Skorzystał także z możliwości, jaką daje art. 83 ust. 3 ustawy Pzp i zastrzegł w SIWZ, że jeden wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 4 części zamówienia. Podkreślić należy, że w razie naruszenia tego typu zakazu sankcją jest konieczność odrzucenia ofert we wszystkich częściach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie ulegało wątpliwości, że przystępujący LMC złożył ofertę na 4 części, zaś przystępujący Ś. na 3.

Zdaniem Izby odwołujący nie zdołał wykazać, że ofertę na siedem części złożył jeden i ten sam podmiot. Przystępujący LMC i przystępujący Ś. to wszak dwa odrębne podmioty prawa cywilnego, odrębni przedsiębiorcy i wykonawcy w rozumieniu art. 2 ustawy Pzp. Nie świadczy o tożsamości tych dwóch przedsiębiorców fakt, że przystępujący LMC zobowiązał się do doradzania przystępującemu Ś. w razie uzyskania przez niego zamówienia. Wzięto pod uwagę, że – jak już wyjaśniono przy pierwszym zarzucie - udostępnienie wiedzy i doświadczenia LMC miało polegać jedynie na bliżej nieokreślonym doradztwie na rzecz przystępującego Ś. . W szczególności przystępujący LMC nie zobowiązał się do wykonania którejkolwiek części zamówienia za przystępującego Ś. jako np. jego podwykonawca, co mogłoby zostać poczytane jako próba obejścia zakazu ofertowania na więcej niż 4 części.

Twierdzenia odwołującego, jakoby osoby zdolne do wykonania zamówienia zadeklarowane przez przystępującego Ś. były pracownikami przystępującego LMC pozostały gołosłowne. Odwołujący nie przeprowadził na tę okoliczność żadnego dowodu. Natomiast porównanie wykazu osób złożonych przez obu przystępujących prowadziło do wniosku, że wymieniono w nich zupełnie inne osoby.

Odwołujący słusznie zauważył, że przystępujący Ś. złożył oferty na części zamówienia, na które nie złożył oferty przystępujący LMC. Powyższe nie świadczyło jednak o tym, że obaj przystępujący po stronie zamawiającego są tymi samymi wykonawcami. Idąc tym tokiem rozumowania można byłoby stwierdzić, że również odwołujący i przystępujący po jego stronie to te same podmioty, skoro złożyli oferty na inne części i nie konkurowali ze sobą.

Twierdzenia odwołującego jakoby obie oferty zostały sporządzone (choć już nie podpisane) tym samym pismem odręcznym pozostało gołosłowne. Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z

opinii biegłego grafologa na tę okoliczność uznając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Wzięto pod uwagę, że postępowanie przed Izbą ma charakter szybki, a

rozstrzygnięcie ma zapaść w ciągu 15 dni od wniesienia odwołania. Stwierdzono, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że oferty zostały sporządzone przez tę samą osobę, chociażby przez złożenie ekspertyzy prywatnej, co mogłoby skłonić Izbę do powzięcia wątpliwości w omawianym zakresie i uwzględnienia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył również przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z pózn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba ze wykażą, ze istniejące miedzy nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Odwołujący podniósł, że przystępujący LMC i przystępujący Ś. to wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej. Wzięto uwagę, że obydwaj wykonawcy złożyli wraz z ofertą oświadczenia odnośnie przynależności do grup kapitałowych. W oświadczeniach tych przystępujący LMC nie wskazał A. Ś. jako należącej do jego grupy kapitałowej. Z kolei A. S. nie złożyła oświadczenia jakoby miała należeć do jakiejkolwiek grupy kapitałowej. W tej sytuacji to odwołujący zobowiązany był wykazać sporny fakt, czego jednak nie uczynił. Uszło uwadze odwołującego, że przywołany przez niego przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp odsyła do przepisu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z przepisie tym znajduje się definicja legalna określenia „grupa kapitałowa". Rozumie się przez to *wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.* Z kolei przepis ten nawiązuje do definicji „przejęcia kontroli", o której mowa w art. 4 pkt 4 przywoływanej ustawy. Przez „przejęcie kontroli" rozumie się *wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:*
a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Jak wynika z powyższego, wbrew stanowisku odwołującego, dla wykazania znajdowania się dwóch przedsiębiorców w tej samej grupie kapitałowej nie wystarcza zatem zawarcie jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy nimi, np. nawiązanie współpracy celem doradzania jak wykonywać zamówienie. Odwołujący nie wykazał aby A. Ś. przejęła kontrolę nad przystępującym LMC lub na odwrót. Nie świadczy o przejęciu kontroli zbieżność nazwisk pełnomocnika A. Ś. i wspólnika LMC, co ustalono na podstawie odpowiednio zaświadczenia

z CEDG i odpisu z KRS. Odwołujący zdołał udowodnić w ten sposób jedynie zbieżność nazwisk dwóch osób o różnych imionach.

Odwołujący nie zdołał wykazać również drugiej z przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a mianowicie złożenia odrębnych ofert przez przystępującego LMC i przystępującego Ś. w tym samym postępowaniu. Podkreślić należy, że celem wprowadzenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp było wyeliminowanie możliwości braku konkurowania wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a tym samym manipulowania wynikiem postępowania) w sytuacji, gdy konkurencja między nimi powinna mieć miejsce, tj. gdy ubiegają się o zawarcie tej samej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka sytuacja nie ma miejsca w analizowanej sprawie, albowiem obaj wykonawcy ubiegają się o udzielenie innych części zamówienia. Ustawodawca uznał bowiem, że ubieganie się o udzielenie tego samego zamówienia wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a więc co do zasady realizujących wspólny cel gospodarczy) stanowi sytuację wysokiego ryzyka zakłócenia konkurencji, polegającego na realizacji wspólnego celu w miejsce konkurowania, które powinno występować w przypadku ubiegania się o zawarcie tej samej umowy. Ryzyko takie nie występuje w przypadku ubiegania się o udzielenie odrębnych umów na różne części zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu konieczne jest zatem aby wykonawcy powiązani składali odrębne oferty. Przy czym sformułowanie „odrębne oferty” należy odczytywać jako konkurujące względem siebie oferty. Z kolei

sformułowanie „w tym samym postępowaniu” należy odnosić do tej samej części postępowania. Innymi słowy, w przypadku postępowań podzielonych na części, konieczne jest złożenie ofert przez powiązanych wykonawców w tych samych częściach. Na konieczność takiego interpretowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby (por. wyrok Izby sygn. akt KIO 260/15 i KIO 261/15). Odwołujący nie wykazał aby przystępujący LMC i przystępujący Ś. złożyli oferty w tych samych częściach zamówienia. Zatem i również z tego powodu nie mogli zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający bezzasadnie uznał, że przystępujący Ś. wykazał spełnienie spornego warunku i z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia tego warunku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu wykonanie czynności wezwania, którą miał obowiązek wykonać w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)." Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 2.952,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: ……