Sygn. akt: KIO 1540/15

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2015 r. przez wykonawcę **A. K.-S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K.-S. TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transgór S.A., Rudpol-OPA Sp. z o.o. ul. Fabryczna 7a, 41-404 Mysłowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Komunikacyjnemu Związkowi Komunalnemu Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wykonawcy A. K.-S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. Ko.-S. TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. K.-S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K.-S. TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice** na rzecz wykonawcy **A. K.-S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. K.-S. TRAF LINE ul. Modrzewiowa 1, 43-200 Pszczyna** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1540/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacyjnej miejskiej nr 982.”* Ogłoszenie o

zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 094-170556.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne ich zastosowanie, tj. przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu mimo, iż Odwołujący przedstawił dokumenty (m.in. pisemne zobowiązanie DLA z dnia 18 czerwca 2015 roku) potwierdzające, iż spełnia wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia postawione w SIWZ, a - w konsekwencji - bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie, tj. dokonanie wyboru oferty Przystępującego (z ceną na poziomie 12.244.284,00 PLN) podczas, gdy to oferta Odwołującego (z ceną na poziomie 10.53. 687,60 PLN) była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu;
3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6.5a SIWZ lub potwierdzających realne udostępnienie Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia;
4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne jego niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania DLA z dnia 18 czerwca 2015 roku w przedmiocie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazanie ponownej oceny ofert, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania. Odwołujący zgłosił również żądania

ewentualne: 1) nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6.5a SIWZ oraz potwierdzających realne udostępnienie Odwołującemu przez DLA zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu; 2) nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania DLA z dnia 18 czerwca 2015 roku w przedmiocie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne ich zastosowanie, tj. przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu mimo, iż Odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające, że spełnia wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia postawione w SIWZ, a - w konsekwencji - bezpodstawne uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający błędnie przyjął, iż Odwołujący nie przedstawił dokumentów, o których mowa w pkt 6.5a SIWZ, tj. potwierdzających: a/ sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia; oraz b/ zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający pominął, iż wymóg z pkt 6.5a SIWZ jest konsekwencją reguły wskazanej w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie"), na gruncie którego nie ma żadnych wątpliwości co do tego, iż informacje w nim wskazane mogą wynikać z pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tak więc, jednym z dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia i w pkt 6.5a SIWZ jest pisemne zobowiązanie DLA z dnia 18 czerwca 2015 roku do udostępnienia Odwołującemu zasobów w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający pominął, zdaniem Odwołującego, że z treści tego oświadczenia wynika zarówno sposób wykorzystania zasobów DLA przez Odwołującego, jak i zakres oraz okres udziału DLA przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu DLA wprost wskazano bowiem, że DLA będzie udzielał Odwołującemu, a ten będzie korzystał z wszelkiego rodzaju konsultacji niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, DLA będzie sprawował nadzór nad wykonaniem zamówienia, przeszkoli kadrę Odwołującego. Nadto, DLA wyraźnie zobowiązało się do przekazania *know-how,* jak również do uczestnictwa w spotkaniach z Odwołującym, na których będą omawiane problemy związane z realizacją zamówienia.

Odwołujący uważa, iż tak istotny poziom szczegółowości zobowiązania DLA jest

---

wystarczający dla wykazania zarówno sposobu wykorzystania zasobów, jak i zakresu oraz udziału DLA przy wykonywaniu zamówienia.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający pomija, iż w zobowiązaniu DLA wskazano konkretne czynności, które DLA zobowiązało się wykonać na rzecz Odwołującego przy realizacji zamówienia, a więc zarówno zakres udziału DLA w realizacji zamówienia, jak i sposób wykorzystania zasobu wiedzy i doświadczenia DLA przez Odwołującego.

Po pierwsze, jeśli DLA zobowiązała się do udzielania konsultacji, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (zakres udziału DLA), to zdaniem Odwołującego, zyskał on prawo domagania się udzielenia konsultacji we wszystkich problemach związanych z realizacją zamówienia i prawo do skorzystania z wiedzy i doświadczeń przekazanych przez DLA w ramach tych konsultacji (sposób wykorzystania zasobu przez Odwołującego).

Po drugie, jeśli DLA zobowiązała się pełnić nadzór nad wykonaniem zamówienia (zakres udziału DLA), to Odwołujący przyjął na siebie obowiązek wykonania władczych żądań DLA w zakresie realizacji zamówienia (sposób wykorzystania zasobu przez Odwołującego).

Po trzecie, jeśli DLA zobowiązała się do przeszkolenia kadry Odwołującego (zakres udziału DLA), to Odwołujący zyskał prawo domagania się przeprowadzenia szkoleń, a więc prawo do przejęcia wszelkiej wiedzy, która będzie przekazana przez DLA w trakcie planowanych szkoleń i zastosowania jej przy realizacji zamówienia (sposób wykorzystania zasobu przez Odwołującego).

Po czwarte, jeśli DLA zobowiązała się do przekazania Odwołującemu *know-how* (zakres udziału DLA), to Odwołujący zyskał prawo domagania się od DLA przekazania wszelkiej wiedzy, która będzie niezbędna do realizacji zamówienia, w szczególności - z uwagi na charakter zamówienia - wszelkich schematów organizacyjnych, niezbędnych przy obsłudze linii autobusowej.

Po piąte, jeśli DLA zobowiązała się do uczestnictwa w spotkaniach z Odwołującym, celem omawiania problemów związanych z realizacją zamówienia, to Odwołujący zyskał prawo domagania się od DLA również bezpośredniej formy konsultacji.

Tak więc, zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że z treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku nie wynika zakres i okres udziału DLA w realizacji zamówienia oraz sposób wykorzystania tych zasobów przez Odwołującego. Z treści tego zobowiązania wynikają bowiem bardzo konkretne formy udziału DLA w wykonaniu zamówienia, którym odpowiadają konkretne formy wykorzystania zasobów DLA przez Odwołującego przy realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, iż Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący - poprzez ujęcie w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku jedynie

---

„lakonicznych” sformułowań - nie udowodnił, iż będzie realnie dysponował zasobami DLA.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż ustawa Pzp dopuszcza inną formę uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia niż podwykonawstwo w realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że jest to pogląd powszechnie wyrażany zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 656/15, LEX nr 1710443).

Nie ma wątpliwości, co do tego, że ten udział może polegać na konsultacjach, szkoleniach, czy doradztwie podczas realizacji zamówienia. Jedynie tytułem przykładu należy wskazać, że w wyroku KIO wprost wskazano, iż zobowiązanie z art. 26 ust. 2b ustaw

Pzp nie jest oświadczeniem poprzez które podmiot trzeci jest zobowiązany realizować zamówienie, ale jest to oświadczenie o pomocy przy realizacji zamówienia. Taka jest właściwość instytucji podmiotu trzeciego - wsparcie podmiotu, który nie posiada doświadczenia przy realizacji przedmiotu zamówienia. Pomoc przy realizacji zamówienia może mieć także postać udzielenia konsultacji i szkolenia (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 562/15, LEX nr 1679021; wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2791/14, LEX nr 1651260; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2554/14, LEX nr 1645364).

Co więcej, zdaniem Odwołującego, taka forma udziału podmiotu udostępniającego zasób jest w szczególności dopuszczalna przy realizacji zamówień, których specyfika nie wymaga uczestnictwa podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia w postaci podwykonawstwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO wielokrotnie podkreślała, że ocena realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku (danego zamówienia). W wyroku z dnia 18 grudnia 2014 roku KIO wskazała bowiem, że w każdym przypadku należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego, świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy (wyrok KIO z dnia 18 grudnia, sygn. akt: KIO 2554/14, LEX nr 1645364).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, iż ocena Zamawiającego co do realności udostępnienia zasobu przez DLA jest rażąco błędna, gdyż zupełnie pomija konsekwencje prawne, wynikające z treści oświadczenia z dnia 18 czerwca 2015 roku. Zamawiający pominął, że zobowiązanie z dnia 18 czerwca 2015 roku kreuje pomiędzy Odwołującym i DLA relację cywilnoprawną, w ramach której każda ze stron uzyskała

możliwość domagania się od drugiej strony spełniania konkretnych świadczeń, a - w razie odmowy ich spełnienia, czy nienależytego ich spełnienia - powstaje odpowiedzialność kontraktowa.

Treść tej relacji obligacyjnej, jak podaje Odwołujący, wynika wprost z treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku, która już na pierwszy rzut oka potwierdza, iż strony ujęły ją w sposób kompleksowy, tj. gwarantujący Odwołującemu bezpieczeństwo przy realizacji czynności, co do których Odwołujący nie ma samodzielnie należytego doświadczenia (taki był też bezpośredni cel zobowiązania DLA). Z treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku wynika bowiem, że Odwołujący może się domagać od DLA każdej formy pomocy w realizacji zamówienia, tj. czy to zwykłego przekazania wiedzy w drodze konsultacji, czy też przekazania zmaterializowanych postaci *know-how* DLA (np. schematów organizacyjnych przedsiębiorstwa komunikacyjnego).

Co więcej, Zamawiający pominął, zdaniem Odwołującego, że z treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku wynika bardzo istotny zakres ingerencji DLA w samodzielność realizacji zamówienia przez DLA. Odwołujący podkreślił, że DLA zobowiązała się nie tylko do udzielania samych konsultacji (tj. surowego doradztwa przy realizacji zamówienia), lecz przyjęła na siebie - w relacji z Odwołującym - pełną odpowiedzialność za jego należyte wykonanie. DLA zobowiązała się bowiem do pełnienia nadzoru nad wykonaniem zamówienia, co oznacza, że przyjęła na siebie obowiązek i uzyskała prawo władczego wpływu na sposób realizacji zamówienia przez Odwołującego.

Z drugiej strony, z cywilnoprawnego charakteru relacji pomiędzy DLA i Odwołującym, zdaniem Odwołującego wynika, że DLA ponosi odpowiedzialność kontraktową za nienależyte sprawowanie nadzoru nad realizacją zamówienia, co wymusza na DLA aktywną działalność w sferze szkoleń i konsultacji podczas realizacji zamówienia. Logiczne jest, że im DLA lepiej wykona obowiązki polegające na szkoleniu, przekazaniu *konw-how* i konsultacjach, tym mniejsze prawdopodobieństwo odpowiedzialności kontraktowej DLA w relacji z Odwołującym. Oznacza to, iż specyfika relacji wykreowanej pomiędzy Odwołującym i DLA gwarantuje realność udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia DLA.

W ocenie Odwołującego, z istoty i - właściwie odczytanej - treści nawiązanej przez Odwołującego z DLA relacji obligacyjnej wynika, iż nie ma ona charakteru pozornego, lecz

stanowi realną gwarancję możliwości skorzystania przez Odwołującego z zasobów DLA.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający pominął, że zakres praw i obowiązków przyznanych DLA w ramach relacji z Odwołującym stanowi gwarancję również dla Zamawiającego, a polega ona na tym, że zamówienie będzie wykonywał wykonawca, który zobowiązał się m. in. do realizacji zamówienia zgodnie ze wskazówkami podmiotu, legitymującego się o wiele bogatszym doświadczeniem niż to, które było wymagane przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, należało uwzględnić, że Zamawiający zyskał gwarancję należytej realizacji zamówienia, a cel art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został wypełniony. Jeśli bowiem sam uznał w świetle SIWZ, że DLA spełnia warunek niezbędnej wiedzy i doświadczenia, to brak podstaw do twierdzenia, że zamówienie nie będzie należycie realizowane przez wykonawcę m. in. nadzorowanego przez podmiot, który te warunki spełnia.

Jedynie na marginesie, zdaniem Odwołującego, należało odnieść się do zupełnie nieracjonalnych wątpliwości, podniesionych przez Zamawiającego w piśmie uzasadniającym wykluczenie Odwołującego z postępowania. Odwołujący podniósł, iż pytania ujęte przez Zamawiającego, do każdej z form udziału DLA w realizacji zamówienia stanowią wyłącznie nieudolną próbę uzasadnienia bezpodstawnej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Po pierwsze, Zamawiający miał rzekomo wątpliwości, jakich konsultacji, w jakim celu i kiedy DLA będzie udzielać, przy czym zapomniał wskazać, że w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku wprost mowa „o *wszelkiego rodzaju konsultacjach, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia",* co ma gwarantować dostęp do wiedzy i doświadczenia DLA w każdej sytuacji wskazanej przez Odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż obowiązek te został celowo ujęty w sposób szeroki, by go niepotrzebnie nie ograniczać, celem zagwarantowania sobie realnej pomocy DLA w każdej sytuacji, w której Odwołujący uzna, że jest ona konieczna dla należytej realizacji zamówienia.

Po drugie, Zamawiający zarzucił, że „nadzór *nad realizacją Zamówienia sprawuje Zamawiający, a nie podmiot trzeci",* pomijając, że nadzór, o którym mowa w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku będzie wykonywany obok nadzoru zamawiającego, tj. w ramach relacji pomiędzy Odwołującym i DLA. Należy uwzględnić, iż sprawowanie przez podmiot udostępniający zasoby nadzoru nad prawidłową realizacją zamówienia jest jak najbardziej dopuszczalną formą udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, gwarantującą bezpieczeństwo zarówno Odwołującemu, jak i Zamawiającemu. Oczywiste bowiem jest, iż w sytuacji, gdy nadzór (oprócz nadzoru Zamawiającego) sprawuje podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie, to istnieje mniejsze prawdopodobieństwo tego, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób nienależyty.

Po trzecie, Zamawiający zarzucił, że przeszkolenie powinno mieć miejsce przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, a - nadto, że trudno sobie - zdaniem Zamawiającego - wyobrazić, aby podmiot trzeci szkolił kadrę w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający pominął jednak przy tym, iż z zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku nie wynika, że szkolenia będą prowadzone podczas realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie, w zobowiązaniu użyto czasu przeszłego, co potwierdza, iż szkolenia będą przeprowadzone przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia. Nadto, Odwołujący podkreślił, że pewne

czynności DLA mają być wykonane przed rozpoczęciem realizacji zamówienia z uwagi na fakt, że stanowią przygotowanie Odwołującego do jego należytego wykonania i należy je uznać za formę udziału DLA w realizacji zamówienia.

Po czwarte, Zamawiający zarzucił, iż w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku nie wskazano, na czym ma polegać przekazanie *know-how* DLA, pomijając, iż chodzi tu o wszelkie informacje techniczne i organizacyjne, które mają znaczenie przy należytym wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że celowo wykorzystano sformułowanie *„know-how",* by ująć zobowiązanie DLA w sposób jak najszerszy, tj. gwarantujący jak największe bezpieczeństwo Odwołującemu i Zamawiającemu.

Po piąte, Zamawiający zarzucił wreszcie, że DLA zobowiązał się uczestniczyć okresowo w spotkaniach z Odwołującym, a tego typu spotkania nie są przedmiotem

zamówienia. Pominął jednak, że spotkania te są jednym z wielu środków zmierzających do należytego wykonywania przez Odwołującego obowiązków w ramach realizacji zamówienia. Stąd, stanowią element udziału DLA w realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wprost wynika, że „wątpliwości" Zamawiającego nie dość, że nie znajdują oparcia w treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku, to po prostu nie są racjonalne, przez co należy je uznać wyłącznie za pozorną przyczynę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający pominął, iż specyfika zamówienia pozwala na to, by DLA uczestniczył w jego realizacji w formach uczestnictwa wskazanych w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku, a nie wyłącznie jako podwykonawca Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, iż zarówno wsparcie intelektualne, jak i materialne (w postaci przekazania wiedzy i doświadczenia czy *know-how* w formach wskazanych w zobowiązaniu z dnia 18 czerwca 2015 roku) ma istotne znaczenie przy wykonywaniu czynności, które Odwołujący będzie musiał podjąć przy realizacji zamówienia. Tak więc, zdaniem Odwołującego, specyfika zamówienia powoduje, że transfer wiedzy i doświadczenia może nastąpić nie tylko w formie podwykonawstwa, lecz również w innych formach uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, w szczególności w drodze konsultacji, nadzoru, szkoleń, czy przekazania *know-how* podmiotu udostępniającego zasoby. Takie formy uczestnictwa w realizacji zamówienia gwarantują - uwzględniając specyfikę zamówienia - realną możliwość przekazania niezbędnej wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający pominął, że specyfika zamówienia nie wymaga, by DLA była podwykonawcą Odwołującego, gdyż przedmiotem zamówienia są czynności o małym stopniu skomplikowania faktycznego. Zamówienie obejmuje bowiem wyłącznie „wykonywanie *usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacyjnej*

miejskiej nr 982", tj. obsługę linii autobusowej przy pomocy osób i sprzętu Odwołującego. Czynności te - same w sobie - nie wymagają żadnej szczególnej wiedzy i doświadczenia. Zasoby te są natomiast niezbędne wyłącznie podczas procesu przygotowania i organizacji obsługi linii autobusowej i ewentualnie korygowania błędów organizacyjnych podczas realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, specyfika zamówienia pozwala na uzyskanie przez Odwołującego niezbędnej wiedzy i doświadczenie w inny sposób, niż wyłącznie poprzez podwykonawstwo DLA w wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie, tj. dokonanie wyboru oferty Konsorcjum (z ceną na poziomie: 12.244.284,00 PLN), podczas, gdy to oferta Odwołującego (z ceną na poziomie: 10.539.687,60 PLN) była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Zarzut ten jest konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż gdyby przepis ten nie został przez Zamawiającego naruszony, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i ona powinna być wybrana przez Zamawiającego.

Jedynie z ostrożności procesowej (na wypadek, gdyby KIO nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 24 ust.. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, czemu Odwołujący co do zasady przeczy), Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających udostępnienie Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż jeśli Zamawiający uznał, że dokumenty dołączone przez Odwołującego nie są wystarczające, by przyjąć, że DLA udostępnił Odwołującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, to Zamawiający miał - zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów.

Odwołujący podkreślił, że nigdy nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że DLA udostępnił mu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, wobec czego Zamawiający miał obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wystosować odpowiednie wezwania, a nie wykluczać Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający wezwał Odwołującego wyłącznie do uzupełnienia wykazu usług, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ oraz dowodów

potwierdzających ich należyte wykonanie. Nigdy nie skierował natomiast do Odwołującego - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwania do uzupełniania pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, czy dokumentów, o których mowa w pkt 6.5a SIWZ.

Odwołujący podał, że KIO stoi na stanowisku, iż wezwanie do uzupełnienia

dokumentów powinno być precyzyjne, a brak precyzji zamawiającego w tym zakresie nie może obciążać wykonawcy. Jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazał, iż w wyroku z dnia 26 lutego 2015 roku, sygn. akt: KIO 277/15, Izba przyjęła, że procedura przewidziana w art. 26 ust 3 ustawy Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy.

Tymczasem, w wyroku z dnia 20 lutego 2015 roku KIO wskazała, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz (chociaż wprost nie wynika to z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze , gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 213/15; wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1208/14; wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 340/14).

Również z ostrożności procesowej, (na wypadek, gdyby KIO nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, czemu Odwołujący co do zasady przeczy), Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania DLA z dnia 18 czerwca 2015 roku w przedmiocie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż z uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania wynika, że Zamawiający miał wątpliwości, co do treści zobowiązania z dnia 18 czerwca 2015 roku. Abstrahując już od tego, czy były one obiektywnie uzasadnione (czemu Odwołujący, co do zasady przeczy) Odwołujący wskazał, że jeśli Zamawiający uznał, że treść zobowiązania DLA wywołuje jakiekolwiek wątpliwości (co do zakresu udziału DLA w wykonaniu zamówienia, czy też, co do sposobu skorzystania z tych zasobów przez Odwołującego, czy - w końcu - co do rzeczywistości udostępnienia zasobów), to Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a więc wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, co do treści tego dokumentu.

Odwołujący wskazał, iż w uchwale z dnia 2 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO/KU 59/13 Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa UZP, zgodnie z którym zamawiający, jeśli tylko ma jakiekolwiek wątpliwości, co do treści pisemnego zobowiązania do udostępniania

zasobów, to ma obowiązek wezwać Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Prezes UZP wprost wskazał bowiem, że „w *sytuacji, gdy z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów* [tu: z zobowiązania do udostępnienia zasobów - przyp. własne] *nie wynika wprost spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści dokumentów, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 PZP".*

Zamawiający odpowiedzi na odwołanie nie złożył.

Natomiast Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 31 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale 3. pkt 3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że *„przedmiotem zamówienia jest*

wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacji miejskiej nr 982 zgodnie z rozkładami jazdy, na zasadach określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ – Wzór umowy".

Zamawiający postanowił, że: „O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który (…) *„należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi w zakresie przewozów regularnych zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 1414, z późn. zm.) o łącznej wartości nie mniejszej niż 4.000.000 zł netto w tym okresie"* (rozdział 5 pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ).

Zamawiający wskazał (rozdział 6 SIWZ), że wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty i oświadczenia, m.in.: (…)

„6.3. Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł netto, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączone dowody czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa w pkt. 6.3. SIWZ są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

2) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.3.a. ppkt. 1). (…)

6.5. Dowody, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów. W przypadku, gdy dowodem takim będzie zobowiązanie innego podmiotu, powinno być ono złożone w oryginale.

Dokument dotyczący:

sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy − wykonywaniu zamówienia,

zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli − Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach wiedzy i doświadczenia innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp."

Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył rzeczonego Wykazu.

W związku z powyższym, pismem z dnia 25 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia: *„Wykazu wykonanych lub wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie przewozów regularnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł netto, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz dowodów czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (patrz pkt 6.3 oraz 6.3.a SIWZ)."*

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że: *„Z treści oferty Wykonawcy (spis treści) wynika, że do oferty w formie załącznika dołączono wykaz usług. Jednakże wśród wszystkich załączników dołączonych do oferty brak ww. dokumentu, a także dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie."*

W odpowiedzi (pismo z dnia 6 lipca 2015 r.) Odwołujący przedłożył żądany Wykaz wraz ze *„zobowiązaniem do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia przez Wykonawcę."*

Z dokumentu *Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy Prawo zamówień publicznych* wynika, że *„dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacji miejskiej nr 982", znak sprawy: ZP/PO/22/PZ/25/15, prowadzonego przez Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, zwanego dalej „Zamówieniem"."*

Treść rzeczonego zobowiązania jest następująca: *„Dolnośląskie Linie Autobusowe*

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (…) na podstawie art. 26

ust. 2b Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zobowiązuje się do udostępnienia na rzecz TRAF-LINE A. K. – S. z siedzibą w Pszczynie (…), zasobów niezbędnych do realizacji Zamówienia, w postaci wiedzy i doświadczenia, przez cały okres realizacji Zamówienia przez Wykonawcę. Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. będzie udzielała Wykonawcy wszelkiego rodzaju konsultacji niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. pełniła będzie jednocześnie nadzór nad wykonaniem zamówienia, przeszkoli kadrę Wykonawcy, która będzie realizowała zamówienie. Ponadto, na etapie realizacji zamówienia nastąpi przekazanie Wykonawcy know-how udostępniającego, jak również odbywane będą okresowe spotkania z przedstawicielami Wykonawcy, mające na celu omówienie ewentualnych skomplikowanych zagadnień związanych z wykonaniem Zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów obejmuje wiedzę i doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień publicznych obejmujących:
- wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego wg zestawienia:
- realizacja umowy WTR/P/2/2009 o wartości: 6.071.111,90 zł
- realizacja umowy WTR/P/1/2010 o wartości: 3.411.485,33 zł
- realizacja umowy WTR/P/5/2012 o wartości: 13.416.727,65 zł (część zrealizowana do 31.01.2015 roku)
- realizacja umowy IAG-V.7243.00017.2012 o wartości: 2.859.666,26 zł
- realizacja przewozów w komunikacji miejskiej dla ZTZ w Rybniku o wartości: 3.371.200,00 zł
- realizacja umów 395/NZ/13 i 114/IR/14 o wartości: 2.066.411,00 zł."

Pismem z dnia 9 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania *„na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ."*

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że *„w dniu 30.06.2015 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał pismem z dnia 25.06.2015 r. (PZ.271.25.3.2015.GZ) ww. Wykonawcę m.in. do złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (dalej „wykaz usług"), o którym mowa w pkt. 6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wykonawca w dniu 08.07.2015 r. złożył m.in. wykaz usług wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane należycie. Ponadto, Wykonawca złożył zobowiązanie z dnia 18.06.2015 r. Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w którym podmiot ten zobowiązał do udostępnienia Wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia, przez cały okres realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt. 6.5a SIWZ, jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach wiedzy i doświadczenia innych*

podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ma obowiązek złożyć dokument dotyczący:
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.
Zarówno w ofercie Wykonawcy, jak i w dokumentach złożonych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, brak jakichkolwiek informacji (dokumentów) dotyczących sposobu wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. Również zakres udziału Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. nie został określony w ofercie Wykonawcy i dokumentach złożonych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego. Można stwierdzić, iż jedynie okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia został określony w zobowiązaniu z dnia 18.06.2015 r. poprzez sformułowanie „…przez cały okres realizacji Zamówienia przez Wykonawcę." Należy również wyraźnie podkreślić, iż w zasadzie Wykonawca polegając na zasobach wiedzy i doświadczenia innego podmiotu nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami (wiedzą i doświadczeniem), gdyż w treści zobowiązania są jedynie lakoniczne stwierdzenia, że Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o.:

- będą udzielać „konsultacji" (jakich?, w jakim celu?, kiedy?),
- będą pełniły „nadzór nad wykonaniem zamówienia" (nadzór nad prawidłowym wykonaniem zamówienia sprawuje Zamawiający, a nie podmiot trzeci),
- przeszkolą kadrę Wykonawcy (przeszkolenie powinno mieć miejsce przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, trudno sobie wyobrazić, aby podmiot trzeci szkolił kadrę (jaką?) w trakcie realizacji zamówienia),
- przekażą Wykonawcy know-how (na czym polega przekazanie know-how?),
- okresowo będą się spotykać z Wykonawcą „…w celu omówienia ewentualnych skomplikowanych zagadnień…" (przecież jakiekolwiek spotkania nie są przedmiotem zamówienia)."

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

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

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

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

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie,

dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że przepisy rozróżniają wiedzę i doświadczenie jako kategorię łączną, traktując je jako pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp traktuje „wiedzę i doświadczenie" łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego

rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia" w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie i metodologię zarządzania odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Nie można w tym miejscu pomijać i tej kwestii, że

każdorazowo warunek w postaci wiedzy i doświadczenia skonkretyzowany dla danego postępowania wyraża istotne z punktu wiedzenia zamawiającego walory wykonawcy, gwarantujące prawidłowe i niezakłócone wykonanie zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że kwestionowane zobowiązanie wskazuje, w jakiej formie przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego nastąpi. Są to konsultacje, nadzór, szkolenie, *know-how* oraz spotkania, mające na celu omówienie skomplikowanych zagadnień związanych z wykonaniem zamówienia. Wszystko to ma na celu, jak wynika z treści *Zobowiązania,* zagwarantowanie prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem, uznać należy, że potrzeby Odwołującego będą decydowały o tym, z jakich zasobów, w jakim zakresie i w jakim okresie Odwołujący będzie korzystał. Zdaniem Izby, ta ogólnikowość treści *Zobowiązania,* na którą wskazuje Zamawiający, nie jest jego wadą i nie świadczy o braku konkretyzacji w zakresie sposobu wykorzystania zasobów. W ocenie Izby, nie sposób wyspecyfikować i nie ma takiej potrzeby na gruncie niniejszego zamówienia, aby dokładanie opisywać, co będzie przedmiotem szkoleń czy też konsultacji, w jaki sposób będzie pełniony nadzór czy też przekazywane *know-how.* W orzecznictwie Izby aprobuje się zobowiązania podmiotu trzeciego na takim poziomie ogólności, jeśli przedmiot zamówienia nie ma charakteru skomplikowanego, a to przyznaje sam Zamawiający.

18

Szczegółowo odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego stwierdzić należy, że zobowiązanie się do udzielenia konsultacji niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia w istocie wskazuje, że będą to konsultacje niezbędne i konieczne, warunkujące należyte wykonanie zamówienia. Odpada więc wątpliwość Zamawiającego, że nie wiadomo, w jakim celu będą udzielane. Skoro te konsultacje mają być niezbędne, to wydaje się, że ich konkretyzacja na tym etapie postępowania nie jest możliwa, a przynajmniej nie dostrzega jej na wstępnie Odwołujący, co znajduje uzasadnienie, biorąc pod uwagę nieskomplikowany charakter niniejszego zamówienia. Należy dopuścić, zdaniem Izby, możliwość udzielania konsultacji według potrzeb co do przedmiotu i czasu, w trakcie realizacji zamówienia, nie czyniąc z tego zarzutu. Przykład Zamawiającego, że nie wiadomo, czy chodzi o konsultacje w zakresie prawidłowego hamowania czy też otwierania drzwi wydaje się trywialny wobec faktu, że Odwołujący posiada licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, a przewóz jest wykonywany przez osoby posiadające uprawnienia do kierowania autobusami.

Co do przeszkolenia kadry Odwołującego, to zdaniem Izby, chodzi tu o osoby skierowane do realizacji zamówienia i nie ma żadnych przeszkód, a wręcz jest to wskazane, żeby szkolenie to miało miejsce przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Wniosek przeciwny nie wynika również z treści *Zobowiązania.*

Jeśli idzie o nadzór, to w ocenie Izby, okoliczność, że nadzór nie stanowi przedmiotu zamówienia nie niweczy zobowiązania podmiotu trzeciego do pełnienia takiego nadzoru w ramach stosunku łączonego Odwołującego i ten podmiot. Wolą Odwołującego może być pełnienie nadzoru nad wykonywaniem zamówienia przez podmiot trzeci w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby, ta forma udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci może być pożądana z punktu widzenia Zamawiającego, którego troską jest prawidłowe wykonanie zamówienia, a tym bardziej transportu osób.

Przekazanie *know-how* wiąże się z przekazaniem fachowej wiedzy oraz doświadczeń, które nie są powszechnie znane i łatwo dostępne, zatem żądanie przez Zamawiającego dokładnego opisu w tym przedmiocie wydaje się nieuzasadnione. Ponadto, mając na względzie treść *Zobowiązania* należy dojść do wniosku, że nastąpi to według potrzeb co do przedmiotu i czasu, co wydaje się wystarczającym określeniem.

Zamawiający zarzucił również, że spotkania zaofiarowane przez podmiot trzeci, w celu omówienia skomplikowanych zagadnień związanych z wykonaniem zamówienia nie są przedmiotem zamówienia, ale powyższe, zdaniem Izby, nie stoi na przeszkodzie, aby ten zasób podmiot trzeci udostępnił Odwołującemu, w ramach łączących tych przedsiębiorców relacji, nie odnosi się zaś do Zamawiającego. W ocenie Izby, jest to forma nader pożądana, może stanowić reakcję na powstałe problemy, a zatem gwarantować należyte wykonanie zamówienia.

19

W ocenie Izby, przekazanie wiedzy i doświadczenia, żeby miało realny charakter nie zawsze musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy w realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, o tym każdorazowo decyduje przedmiot zamówienia, przy czym należy przewidywać, że im bardziej będzie on skomplikowany tym bardziej będzie pożądany udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Analizując przedmiot zamówienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało dojść do przekonania, że wykonywanie usług transportu publicznego nie stanowi na tyle złożonego przedsięwzięcia, aby bezpośredni udział podmiotu trzeciego był gwarantem skutecznego przekazania wiedzy i doświadczenia. Gwarantują to już szkolenia i konsultacje, których podmiot trzeci zobowiązał się udzielać.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego nie został określony. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, o czym była mowa wyżej, że chodzi o wiedzę i doświadczenie. Podobnie nie nastręcza trudności odkodowanie sposobu wykorzystania udostępnionego zasobu. Jak ustalono, konsultacje będą świadczone w celu prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem, sposób korzystania z zasobów wydaje się oczywisty. Co się zaś tyczy zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, zdaniem Izby, został on określony. Konsultacje, szkolenia, nadzór i zobowiązanie do przekazania *know-how* stanowią o zakresie udziału podmiotu trzeciego i sposobie jego wykorzystania przez Odwołującego. Rację więc należy przyznać Odwołującemu, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a zatem naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie stwierdzono, aby wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonał w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż te sformułowane w treści SIWZ i okoliczności tej Odwołujący nie wykazał. Dopatrując się natomiast wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący w istocie winien sformułować zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Pozostałych zarzutów Izba nie rozpoznała mając na uwadze okoliczność, że zostały zgłoszone z ostrożności procesowej, a więc podlegałby rozpoznaniu, gdyby Izba dostrzegła inne naruszenia po stronie Zamawiającego, opisane przez Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……