

DZ.381-1-3/14

Lublin, dnia 24 czerwca 2014 r.

**Wykonawcy  
biorący udział w postępowaniu**

**Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na „Usługę regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego”, Nr sprawy DZ.381-1-3/14 (Nr ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz.U.U.E nr 2014/S 073-126150 z dnia 12.04.2014 r.)**

**Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w części I i II**

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. ) zwaną dalej Pzp, Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie informuje, że **unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** prowadzone w trybie przetargu nieograniczonym na usługę pod nazwą: „Usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego”, Nr sprawy DZ.381-1-3/14, z uwagi , iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

**Uzasadnienie:**

W przedmiotowym postępowaniu na „Usługę regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego”, Nr sprawy DZ.381-1-3/14 do Zamawiającego, którym jest Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie w wpłynęły oferty:

**Oferta nr 1 złożona przez:** „METEOR” Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno;

**Oferta nr 2 złożona przez:** Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i Wspólnicy Sp.j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin.

Zamawiający, przeprowadził badanie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp wykonawcę:

- 1) „METEOR” Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno, który złożył ofertę nr 1 w przedmiotowym postępowaniu, oraz
- 2) Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i Wspólnicy Sp.j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin, który złożył ofertę nr 2 w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

#### **Ad 1)**

Zamawiający wezwał z art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcę „METEOR” Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno, który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę nr 1 na I i II część do złożenia: Pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, uzasadniając swoje wezwanie w następujący sposób:

„Wykonawca do oferty załączył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami wg Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej s.i.w.z. gdzie w podstawie dysponowania pojazdami wpisał w części dzierżawa a w części leasing nie załączając pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia autobusów o parametrach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z częścią V s.i.w.z pkt. 2 „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.”

Natomiast zgodnie z częścią VI. s.i.w.z. pkt. 2.9. Wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Jednocześnie zamawiający przypomina że dokument, o którym mowa powyżej winien być złożony w formie oryginału. Ponadto złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.” Zamawiający określił termin na złożenie ww. zobowiązania na dzień 11 czerwca 2014 r.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. przesłał w dniu 10 czerwca 2014 r. pismo o następującej treści:

*„W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 04.06.2014 r., zawierające wezwanie do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w imieniu wykonawcy „METEOR” Sp. z o.o. stwierdzam, że powyższe wezwanie jest bezpodstawne, sprzeczne z prawem jak i postanowieniami SIWZ. O powyższym przesądzają następujące okoliczności.*

*W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że: „wykonawca do oferty załączył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami wg Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej s.i.w.z., gdzie w podstawie dysponowania pojazdami wpisał w części dzierżawa a w części leasing nie załączając pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia o parametrach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższego wynika, że w ocenie Zamawiającego sytuacja, w której wykonawca „METEOR” Sp. o.o. dysponuje zasobami (tj. autobusami) bezpośrednio, tj. odpowiednio jako dzierżawca na podstawie umowy dzierżawy oraz korzystający na podstawie*

umowy leasingu, stanowi sytuację opisaną w art. 26 ust 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U: z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, tzn. poleganie na potencjale technicznym innych podmiotów, co wiąże się z obowiązkiem udowodnienia Zamawiającemu, iż wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie w tym celu pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z powyższym stanowiskiem i wykładnią przyjmowaną przez Zamawiającego nie można się zgodzić.

Przede wszystkim przypomnieć należy, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Odpowiednio do powyższego sformułowane zostały postanowienia SIWZ, gdzie w Rozdziale V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1, ppkt 1.3. Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...)

1.3. dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”,

a następnie w pkt 4, ppkt 4.3., Zamawiający wyjaśnił, że: „Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy: (...)

4.3. w zakresie warunku określonego w pkt. 1.3. wykażą, iż dysponują lub będą dysponować potencjałem technicznym tj. 10 autobusami miejskimi klasy maxi- dotyczy części I oraz 10 autobusami miejskimi klasy mega- dotyczy części II spełniającymi wymagania określone w niniejszej specyfikacji.”

Zatem zarówno ustawa jak i SIWZ wymagają od wykonawców jedynie dysponowania potencjałem technicznym, a nie bycia właścicielem potencjału technicznego. Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości ani w literaturze przedmiotu, ani w orzecznictwie, iż dysponowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, oznacza bardzo różne stosunki prawne, nie tylko zatem dysponowanie na podstawie prawa własności, lecz również na podstawie praw o charakterze obligacyjnym, w tym na podstawie umowy dzierżawy i umowy leasingu. Przykładowo, Stefan Babiarz w komentarzu do ustawy swojego autorstwa<sup>1</sup> (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Stefan Babiarz i in., Wydanie 1, LexisNexis, Warszawa 2013, str.107) wskazuje, że: „dysponowanie potencjałem technicznym to nic innego, jak możliwość rozporządzenia nim, możliwość wydawania poleceń, wykonania itp. Z kolei posiadanie tego potencjału technicznego należy rozumieć zgodnie z art 336 k.c. jako władanie rzeczą jako jej posiadacz samoistny lub posiadacz zależny, tj. użytkownik, zastawnik, najemca bądź dzierżawca. Dysponowanie oznacza więc jakiegokolwiek władztwo nad rzeczą i do spełnienia tego warunku nie jest niezbędny zakup sprzętu.” Analogiczne rozumienie dysponowania przyjęto w komentarzu do ustawy opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Wydanie Trzecie, Stan Prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 128) : „w obecnym stanie prawnym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „dysponują” odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia (wcześniej obowiązujący przepis przewidywał „posiadanie” potencjału technicznego). Wydaje się, że zmiana ta nie ma istotnego znaczenia. Zarówno bowiem kategoria „posiadania” jak i dysponowania” nie wymaga aby zamawiający był właścicielem środków technicznych niezbędnych do udzielenia zamówienia”.

Kwestia powyższa nie budzi też żadnych wątpliwości w orzecznictwie. Przykładowo, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej - Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP1147/10, podkreślono, że: „mając na względzie wskazaną różnicę między pojęciami „posiadanie” a „dysponowanie” (aktualnie obowiązujące przepisy mówią o posiadaniu potencjału

*technicznego -- przyp. wykonawca „METEOR” Sp. z o.o.) nie jest niezbędne, aby środki te stanowiły własność wykonawcy. Wykonawca może bowiem posiadać środki na podstawie innego stosunku prawnego, np. najmu; dzierżawy, leasingu, ale także może środków nie posiadać, lecz zapewnić sobie dysponowanie nimi przez np. wypożyczenie.” Również w najnowszym orzecznictwie KIO zgodnie przyjmuje się, że dysponowanie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, może być oparte np. na umowie dzierżawy i taka sytuacja nie stanowi udostępnienia zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Jednoznacznie w tym zakresie Izba wypowiedziała się m.in. w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1588/13, wskazując, iż: „na rozprawie Przystępujący zauważył; że biorąc pod uwagę dokumenty załączone do jego oferty, w tym w szczególności umowę dzierżawy, Zamawiający miał prawo uznać, że „A.” nie posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, ale dysponuje nim jak swoim własnym. Izba podzieliła tak przedstawione stanowisko Przystępującego - nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać dysponowanie bazą na podstawie umowy dzierżawy za posługiwanie się własnym potencjałem (niewątpliwie Przystępujący, posługując się umową dzierżawy, spełniłby warunek udziału w postępowaniu na gruncie Prawa zamówień publicznych jeszcze przed nowelizacją wprowadzającą art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych; możliwość „dysponowania” bowiem nie była wówczas ograniczona jedynie do prawa własności). Poza tym z treści umowy dzierżawy wynika wprost, że ZGKiM w S. jedynie udostępnia działkę i lokal socjalny, a Przystępujący wskazaną nieruchomość będzie wykorzystywał jako bazę magazynowo transportową dla działalności odbioru odpadów, Skoro, zgodnie z umową „A.” deklaruje również, że posiada wszelkie zezwolenia do prowadzenia zamierzonej tam działalności, to przedmiotem umowy jest jedynie udostępnienie miejsca, a organizacja bazy leży po stronie Przystępującego. W konsekwencji chybione są zarzuty odwołania wskazujące na ewentualną niemożliwość posługiwania się zakładem budżetowym jako podmiotem trzecim; zobowiązanie innego podmiotu załączane do oferty Przystępującego jest indyferentne dla badania, czy „A.” spełnia warunek udziału w postępowaniu (dla powyższego wystarczająca była sama umowa dzierżawy), skoro ten warunek spełnia samodzielnie.”*

*Również w orzecznictwie Sądów Okręgowych nie budzi wątpliwości, że dysponować potencjałem technicznym w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 3 można nie tylko na podstawie prawa własności, ale również na podstawie innych tytułów prawnych. Stanowczo w tym zakresie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r., IV Ca 180/2011 (Wyrok opublikowany m.in. w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych 2011/11 oraz zamieszczony na stronie UZP pod adresem [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), wskazując, że; „Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1147/10 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 6 poz. 20) uznała, że „w obecnym stanie prawnym ustawodawca zamiast posiadania przez wykonawców potencjału technicznego wymaga dysponowania nim. Posiadanie zawiera zawsze w swojej treści dysponowanie rzeczą (...).” Zgodnie natomiast z opinią wyrażoną w wyroku KIO z dnia 25 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 824/08 (LexPolonica nr 2284629) „przepis art 22 ust 1 pkt 2 pzp nie przesądza tytułu prawnego, na podstawie którego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma dysponować wymaganym sprzętem. (...) Okoliczność, czy wykonawca dysponuje potencjałem technicznym (...) na podstawie umowy cywilnoprawnej, pozostaje bez znaczenia dla oceny potencjału wykonawcy.” Sąd Okręgowy podziela w tym zakresie pogląd wyrażony przez KIO. Należy stwierdzić, że umowa dzierżawy zapewnia Marioli S. wystarczający tytuł prawny w stosunku do uprawianych przez nią gruntów i co za tym idzie nie uprawnia do przyjęcia naruszenia w postępowaniu art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z uwagi na istnienie bezpośredniego uprawnienia Marioli S. do dysponowania rzeczonymi gruntami brak jest również podstaw do uznania tych gruntów za potencjał techniczny innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust 2b ustawy Pzp. Taka interpretacja prowadziłaby do absurdalnych skutków, gdy każdy podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne musiałby przedstawiać zobowiązania osób trzecich w odniesieniu do wszystkich składników majątkowych, którymi dysponuje on na innej niż własność podstawie. W obrocie powszechnie spotykane jest że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy - dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy*



te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp."

Wreszcie zauważyć trzeba, że również Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż pojęcie dysponowania potencjałem technicznym rozumieć należy szeroko. Jednoznacznie w tej kwestii UZP wypowiedział się m.in. w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2010 r., sygn. akt UZP/DKD/KN/154/09 (Informacja zamieszczona na stronie UZP pod adresem [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)): „Zgodnie z przepisem art 22 ust 1 pkt 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednoznaczne wskazanie przez ustawodawcę, iż chodzi o dysponowanie potencjałem, oznacza, że każdy wykonawca, który jest w stanie zapewnić odpowiedni potencjał, może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia podstawa prawna korzystania ze sprzętu. Za potencjał, którym dysponuje wykonawca, będzie więc uznany zarówno sprzęt stanowiący własność wykonawcy, jak i np. użyczony lub należący do podwykonawców.

A zatem przepis art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy nie przesądza tytułu prawnego, na podstawie którego " \_\_\_\_\_ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma dysponować wymaganym sprzętem. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 824/08 (LexPolonica nr 2284629) warunek dotyczący sprzętu będzie spełniony w sytuacji, gdy sprzęt wymagany dla potwierdzenia posiadania potencjału technicznego, znajduje się w posiadaniu wykonawcy, który jest jego właścicielem (posiadaczem samoistnym) lub posiadaczem zależnym (np. na podstawie obowiązującej umowy najmu, dzierżawy lub jako zastawnik, leasingobiorca), jak też, kiedy wykonawca obejmie sprzęt w posiadanie (uzyska nad nim władztwo) w razie uzyskania zamówienia."

Odnosząc przytoczone powyżej wypowiedzi doktryny, KIO, Sądów Okręgowych i UZP do okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić trzeba, że wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym i warunek ten spełnia samodzielnie i nie korzysta w tym zakresie z zasobów innych podmiotów. Wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. dysponuje zasobami (tj. autobusami) bezpośrednio, tj. odpowiednio jako dzierżawca na podstawie umowy dzierżawy oraz korzystający na podstawie umowy leasingu, a ww. umowy bez wątpienia stanowią wystarczający tytuł prawny do dysponowania wymaganym potencjałem technicznym.

Ze względu na powyższe wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. domaga się, aby Zamawiający niezwłocznie, tj. nie później niż do 12.06.2014 r., unieważnił czynność wezwania do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, dokonaną pismem z dnia 04.06.2014 r., i następnie niezwłocznie, tj. nie później niż do 12.06.2014 r., zawiadomił wykonawcę „METEOR” Sp. z o.o. o jej unieważnieniu, wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. wskazuje, że zgodnie z utrwaloną linią orzecznicy Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji do powtórzenia dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie prawidłowo. Pogląd powyższy wyrażono w szeregu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 stycznia 2013r., sygn. akt: KIO 2865/12, z dnia 10 października 2012 r. w spr. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).

Jednocześnie wykonawca „METEOR” Sp. z o.o. informuje, że w razie braku reakcji na niniejsze

*pismo do 12.06.2014 r. będzie zmuszony skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i wnieść odwołanie wobec czynności wezwania go do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, co narazi Zamawiającego na koszty postępowania odwoławczego.*

*Niezależnie od powyższego, działając wyłącznie i ostrożności, wykonawca „METEOR Sp. z o.o. w załączeniu przedstawia wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, podkreślając jednak, że już wykaz złożony wraz z ofertą potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.”*

Wykonawca „METEOR” SP. z o.o. na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp złożył tylko i wyłącznie wyjaśnienia nie uzupełniając żądanego przez zamawiającego pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie wykonawca w udzielonej zamawiającemu odpowiedzi podnosi, że wykonawca nie musi być właścicielem pojazdów, czemu zamawiający w żaden sposób nie zaprzecza, gdyż ani w s.i.w.z. w niniejszym postępowaniu, ogłoszenie o zamówieniu ani przede wszystkim ustawa Pzp nie zawierają zapisów wymagających i nakazujących, aby wykonawca był właścicielem potencjału technicznego.

Ponadto to sam wykonawca w swoim piśmie powołał się na wyrok z dnia 15 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1588/13, wskazując, iż: „na rozprawie Przystępujący zauważył; **że biorąc pod uwagę dokumenty załączone do jego oferty, w tym w szczególności umowę dzierżawy, Zamawiający miał prawo uznać, że „A.” nie posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, ale dysponuje nim jak swoim własnym.** (...) Izba podzieliła tak przedstawione stanowisko Przystępującego - nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać dysponowanie bazą na podstawie umowy dzierżawy za posługiwanie się własnym potencjałem.(...) Zobowiązanie innego podmiotu załączone do oferty Przystępującego jest indyferentne dla badania, czy „A.” spełnia warunek udziału w postępowaniu (dla powyższego wystarczająca była sama umowa dzierżawy), skoro ten warunek spełnia samodzielnie.

Zważając na stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu, wymagania określone w s.i.w.z. oraz ofertę wykonawcy „METEOR” Sp. z o.o. zamawiający nie miał podstaw uznać, że wykonawca dysponuje na podstawie umowy leasingu i dzierżawy jak potencjałem własnym tak jak podniósł to w piśmie wykonawca.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą sposób wykazania polegania na zasobach innych podmiotów zależy od specyfiki zamówienia publicznego oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału innych podmiotów. Jeżeli polega on na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Artykuł 26 ust. 2b nie precyzuje, za pomocą jakich dokumentów ma to wykazać. Przepis ten wskazuje jedynie, że "w szczególności" takim dokumentem może być "pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". Pisemnym zobowiązaniem może być oświadczenie woli innego podmiotu lub umowa<sup>74</sup>. Treść pisemnego zobowiązania musi bezspornie wskazywać zakres zobowiązania innego podmiotu ("oddanie wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia").

Zamawiający nie może żądać przybrania konkretnej formy współpracy czy też zawarcia określonej umowy (w tym podwykonawstwa) i w przedmiotowym postępowaniu, nie zadał takiej konkretnej formy czy określonej umowy. **Wykonawca musiał jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami należącymi do osób trzecich.**

**Przepis art. 26 ust. 2b wskazuje przykładowo na pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. (...) W terminie złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wystarczające jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia (zob. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2013 r., KIO 1201/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).**

Ustawa p.z.p. nie precyzuje zatem, za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Wskazuje jedynie, że "w szczególności" takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Ustawa nie wskazuje również, jaką formę oraz treść powinno mieć owo zobowiązanie. Może przybrać ono formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to - w zależności od danego przedmiotu zamówienia publicznego czy charakteru zobowiązania - może być wyrażone w jednym dokumencie, jak również być podparte całym pakietem innych dokumentów. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego tylko przy pomocy jednego dokumentu - pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, czy też przy pomocy wielu dokumentów dotyczących tego podmiotu, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy".

Wykonawca powinien wykazać realność korzystania z zasobów udostępnianych przez inne podmioty. W art. 26 ust. 2b ustawodawca wyraźnie wskazuje, że: "Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia". "(...) Odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. (...)".

Przepis art. 26 ust. 2b nie wskazuje sposobu postępowania w celu wykazania przez wykonawcę, że będzie "dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia". **To wykonawca ma udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia** w zakresie wiedzy i doświadczenia, **potencjału technicznego**, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów. **W tym celu zamawiający może oceniać treść dokumentów złożonych przez wykonawcę (np. treść zobowiązania innego podmiotu) oraz ich formę lub sposób wystawienia.** W wyroku z dnia 30 lipca 2012 r., KIO 1498/12, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że "ze względu na brak informacji, co do osoby wystawiającej przedkładane zobowiązanie, odwołujący nie udowodnił w sposób wystarczający zamawiającemu, iż dysponował będzie potencjałem podmiotu trzeciego, na który się powoływał".

(...) dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, 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 udostępnienie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował,

wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 p.z.p. zasobami może mieć różną postać oraz treść - stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu. W ocenie Izby z ogólnikowej treści oświadczeń zawartych w ofercie przystępującego nie sposób wywieść jakie zasoby dane podmioty oddają do dyspozycji wykonawcy X, ponieważ oświadczenia nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, zatem są niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy.

Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Opatrzenie przez przystępującego ww. oświadczeń treścią, która miałaby doprecyzować i uszczegółwić treść tych oświadczeń należy uznać za nieprawidłowe i niedopuszczalne, ponieważ to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaj i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy.

**Podsumowując, należy podkreślić w przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy.** Konieczność udowodnienia dysponowaniem tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. **Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wdzierżawienia określonego sprzętu** czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

Mając na uwadze, iż wykonawca nie udowodnił dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, na które się powołuje, z uwagi na powyższe argumenty przytoczone przez zamawiającego, zamawiający wyklucza wykonawcę jak na wstępie.

Jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

## Ad 2)

Zamawiający wezwał wykonawcę Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j. , ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin, który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę nr 2 na I i II część m.in. do złożenia:

Dokumentu potwierdzającego opłacenia polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, uzasadniając to tym, że:

Wykonawca załączył do oferty ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia. Zgodnie z częścią V s.i.w.z. pkt. 4.4. jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy w zakresie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej „wykażą, iż posiadają 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 kwotę 500 000,00 zł – dotyczy części I i/lub 350 000,00 zł- dotyczy części II”.



Zgodnie z częścią VI s.i.w.z. pkt. 2.7. wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli do złożenia dokumentów w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy:

tj. m.in. do:

„2.7. Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia- dotyczy części I i II.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedłożył zamawiającemu dokument opłacenia polisy, jednakże uzupełniony dokument nie odnosi się do polisy załączonej do oferty, a do poprzedniej polisy dotyczącej wcześniejszego okresu ważności, co wynika wprost z uzupełnionego przez wykonawcę potwierdzenia opłacenia polisy. Wykonawca do oferty załączył ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności lub posiadania mienia nr 161514 ważną w okresie od 23.06.2013 r. do 24.06.2014 r. natomiast w odpowiedzi na wezwanie wykonawca uzupełnił potwierdzenie opłacenie polisy tj. o nr 153641 w dacie opłacenia 28.06.2012 r., za okres wcześniejszy.

W związku z powyższym zamawiający wyklucza wykonawcę jak na wstępie.

Jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.