Sygn. akt KIO 299/20

WYROK

z dnia 27 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Kancelarię Senatu z siedzibą w Warszawie;

przy udziale wykonawcy: Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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 299/20

UZASADNIENIE

Kancelaria Senatu z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest" „Rezerwacja, sprzedaż i dostawa do Kancelarii Senatu biletów lotniczych na trasy międzynarodowe", numer sprawy: BPKO.SZP.350.2.2019 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 2 grudnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 232-569399.

W dniu 13 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec następujących czynności dokonanych przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp: wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym przyznania

punktów dla wykonawcy: Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (dalej jako „LOT") niezgodnie z procedurą opisaną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") dotyczącą postępowania; zaniechania odrzucenia oferty LOT; ewentualnie zaniechania wezwania LOT do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia ich treści, w sytuacji, gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu przez LOT, a jego oferta jest niespójna.

W związku z wymienionymi czynnościami zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie oświadczenia o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców przez wykonawcę LOT oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LOT w sytuacji, w której realizacja zamówienia będzie polegać na pełnym oddaniu zamówienia do realizacji przez Lot Travel Sp. z o.o. będącego podwykonawcą; ewentualnie art. 26 ust.

3 oraz art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania LOT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewyjaśnienie sprzeczności w treści oferty dotyczącej powierzenia realizacji zamówienia przez podwykonawców oraz, co do zakresu tego powierzenia z zastrzeżeniem, iż treść oferty nie może ulec zmianie;

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie LOT punktów za potencjał podmiotu trzeciego w sytuacji, w której udostępnienie potencjału jest nieskuteczne, a zamawiający nie dopuścił i nie opisał procedury oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert, a przepisy ustawy Pzp dopuszczają powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z podnoszonymi zarzutami wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty wykonawcy LOT oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, bez uwzględnienia potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta LOT została sklasyfikowana na pierwszym miejscu i otrzymała łącznie 100 punktów. Oferta odwołującego natomiast, sklasyfikowana na miejscu drugim, otrzymała łącznie 85,1 punktów. Aż 40 punktów wykonawca LOT otrzymał za zaoferowanie wykonania zamówienia przez kasjerów udostępnionych LOT przez podmiot trzeci. W przypadku uznania, iż udostępnienie potencjału na kryteria oceny oferty było nieskuteczne, wykonawca LOT powinien otrzymać łącznie 60 punktów i to odwołujący powinien zostać sklasyfikowany na pierwszej pozycji.

Dalej odwołujący wskazał, że dokument z którego ma wynikać możliwość dysponowania przez LOT potencjałem podmiotu trzeciego, tj. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia" (dalej „Zobowiązanie") został przez LOT uzupełniony bez wezwania. Pierwotnie złożono go wraz z ofertą i z podpisem z dnia 3 stycznia 2020 r. Następnie złożono go ponownie z podpisem z dnia 24 stycznia 2020 r.

Zdaniem odwołującego wątpliwości budzi również samo udostępnienie potencjału przez LOT TRAVEL Sp. z o.o. (dalej „LOT TRAVEL" lub „podwykonawca"), który został wskazany jako podwykonawca, gdyż Pan W. M., czyli osoba podpisująca oświadczenie w tym zakresie, nie wykazał swojego umocowania do złożenia oświadczenia o udostępnieniu potencjału. Ponadto Pan W. M. działa w postępowaniu zarówno jako pełnomocnik LOT, jak i pełnomocnik podwykonawcy. Zdaniem odwołującego należy również wskazać, iż w JEDZ wykonawca zadeklarował, iż zamówienie wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Tymczasem w Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów LOT TRAVEL zadeklarował, iż swój potencjał udostępnia właśnie przez podwykonawstwo. Wszystkie osoby wskazane w wykazie osób, oraz dodatkowa osoba skierowana do realizacji zamówienia, są zatrudnione w przedsiębiorstwie podwykonawcy.

Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, w pierwszej kolejności, na treść przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Treść tego przepisu została przeniesiona do pkt. 8.8 SIWZ. Wnioskując a contrario stwierdzić należy, że nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy realizacji całości zamówienia. W części II lit. D JEDZ wykonawca LOT zaznaczył, iż nie będzie realizował zamówienia za pomocą podwykonawców. W części II lit. C JEDZ LOT zaznaczył, iż będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podmiotem tym jest podwykonawca, co jednoznacznie wynika z treści Zobowiązania. Udostępnienie potencjału ma odbywać się na podstawie podwykonawstwa i dotyczy „wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia".

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia pochodzą od podwykonawcy, co jasno wynika z oferty LOT oraz udostępnionego wykazu osób. Zdaniem odwołującego z pełnej treści oferty złożonej przez LOT wynika, iż celem LOT było powierzenie całość realizacji zamówienia podwykonawcy, a oznaczenie w części II lit. D JEDZ pola „NIE" stanowi omyłkę. Wykonawca LOT przewidywał oddanie zamówienia podwykonawcy do realizacji w całości. W ocenie odwołującego złożenie oferty przez wykonawcę LOT jest zatem niezgodne z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 8.8 SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez LOT.

W przypadku jednak uznania przez Izbę, iż rozbieżność pomiędzy złożonym w części II lit. D JEDZ oświadczeniem nie nadaje się do usunięcia w trybie poprawienia omyłki, to należy wyjaśnić treść oferty LOT, a następnie wezwać LOT do złożenia odpowiednich dokumentów, które potwierdzą spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na potencjale podmiotu trzeciego pod warunkiem, iż udowodni zamawiającemu, iż realnie będzie dysponował tym potencjałem. Wykonawca LOT w celu wykazania, iż w sposób realny będzie dysponował potencjałem podwykonawcy złożył, a następnie uzupełnił Zobowiązanie.

W Zobowiązaniu złożono oświadczenie, iż oddanie potencjału odbędzie się poprzez podwykonawstwo, co stoi w sprzeczności z oświadczeniem złożonym przez LOT w części II lit. D JEDZ.

Do wyjaśnienia niejasnej treści oferty obliguje zamawiającego dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast podczas prowadzenia wyjaśnień nie może ulec zmianie jej treść. Do oferty nie zostało również załączone odpowiednie pełnomocnictwo dla Pana W. M., upoważniające go do złożenia oświadczenia wyrażonego w Zobowiązaniu.
W szczególności takiego upoważnienia nie stanowi pełnomocnictwo z dnia 23 maja 2014 r.,

udzielone przez LOT TRAVEL dla Pana W. M. . Pan W. M. był zarówno wystawcą, jak i odbiorcą złożonego oświadczenia o oddaniu do dyspozycji zasobów, a złożone pełnomocnictwo od LOT TRAVEL z dnia 23 maja 2014 r. jest to ogólne pełnomocnictwo do uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem podwykonawca nie jest uczestnikiem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a zobowiązanie podmiotu trzeciego tym bardziej nie jest dokumentem składanym przez podwykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez podwykonawcę - dokument ten złożył LOT, po wcześniejszym pozyskaniu go od podmiotu trzeciego. Zdaniem odwołującego nie jest więc możliwe przyjęcie, iż podwykonawca skutecznie udostępnił swój potencjał LOT. Z tej przyczyny, w przypadku uznania, iż oferta LOT nie podlega odrzuceniu, konieczne jest uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz ewentualnie pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez przyznanie LOT punktów za potencjał podmiotu trzeciego w sytuacji, w której udostępnienie potencjału jest nieskuteczne, a zamawiający nie dopuścił i nie opisał procedury oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert, a przepisy ustawy Pzp dopuszczają powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu odwołujący wskazał na uzasadnienie poprzednich zarzutów i powołał się na te same argumenty, tj. sprzeczność z oświadczeniem z części II lit. D JEDZ oraz na przekroczenie lub niewykazanie swojego upoważnienia przez Pana W. M. .

W odniesieniu do przywołanych przepisów ustawy Pzp odwołujący wskazał, iż na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza się powoływanie na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast z przepisów ustawy Pzp nie wynika możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w odniesieniu do kryteriów oceny ofert. Odwołujący w pełni podziela w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 20 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 211/18, w którym Izba podkreśliła, że spełnienie warunków postawionych przez zamawiającego pozwala na udział w postępowaniu, natomiast kryteria oceny ofert mają na celu wybór wykonawcy, który przedstawia najkorzystniejszą pod względem opisanych w tych kryteriach, ofertę. Są to dwie różne instytucje i nie można ich zrównywać. Ustawa Pzp nie wprowadza mechanizmu pozwalającego w ramach oceny oferty na uzyskiwanie punktów za przymioty podmiotu trzeciego. Z ostrożności odwołujący wskazał, że w pełni podziela również wykładnię przepisów prawa dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 7 maja 2018 r., sygn. akt KIO 699/18, KIO 736/18. Natomiast, jak podkreśliła to Izba w uzasadnieniu ww. orzeczenia: „Skoro zatem wykonawca ma możliwość powołania się na potencjał podmiotów trzecich w kryteriach selekcji, a jednocześnie dyrektywa takiej sytuacji nie zabrania, to w ocenie Izby wykonawca może powołać się na taki potencjał, celem otrzymania dodatkowej punktacji, w sytuacji gdy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu taką możliwość przewidzi."

W ocenie odwołującego trzeba jednak zauważyć, iż przeprowadzona przez Izbę w wyroku z 7 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 699/18, KIO 736/18) wykładnia dotyczy kryteriów kwalifikacji, a nie kryteriów oceny ofert. Ponadto, zamawiający wyraźnie opisał instytucję udostępnienia potencjału w SIWZ. Z punktów 7.6; 7.7.; 7.8.; 8.6; 13.4.7; 13.8 SIWZ jasno wynika, iż na potencjał podmiotu trzeciego można powołać się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka możliwość nie została przewidziana w zakresie kryteriów oceny ofert, czyli w szczególności w zapisach rozdziału XVI SIWZ. Zdaniem odwołującego, w postępowaniu nie jest więc możliwe skuteczne powołanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego w celu uzyskania punktów.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że zamawiający błędnie przyznał punkty LOT z uwagi na fakt, iż: możliwość przyznania punktów za potencjał podmiotu trzeciego nie została przewidziana w zapisach dokumentacji postępowania; art. 22a ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, a nie kryteriów oceny ofert; udostępnienie potencjału LOT TRAVEL jest nieskuteczne, a jakiekolwiek ewentualne uzupełnienie dokumentów w tym zakresie może wyłącznie dotyczyć oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nawet w przypadku nieodrzucenia oferty LOT, to oferta odwołującego powinna była zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu i to odwołującemu powinno było zostać udzielone zamówienie w postępowaniu.

Zamawiający, w dniu 17 lutego 2020 r., poinformował wykonawcę który złożył ofertę w postępowaniu, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 19 lutego 2020 r.: wykonawca: Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 21 lutego 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LOT, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, zamawiający zobligowany będzie do odrzucenia oferty złożonej przez LOT, ewentualnie przyznania temu wykonawcy mniejszej ilości punktów, w wyniku czego oferta odwołującego oceniona zostanie najwyżej. W wyniku czynności zamawiającego odwołujący poniósł więc szkodę, wyrażającą się w uniemożliwieniu uzyskania i realizacji przez odwołującego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty przystępującego, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale I SIWZ jest rezerwacja, sprzedaż i dostawa biletów lotniczych na przewozy pasażerskie na trasach międzynarodowych dla senatorów, pracowników Kancelarii Senatu, osób delegowanych przez Kancelarię Senatu i innych osób niebędących pracownikami, towarzyszących delegacjom na wyjazdach zagranicznych oraz dla gości zagranicznych zamawiającego przybywających do Polski. Bilety powinny być dostarczane drogą elektroniczną lub do siedziby zamawiającego, przy ul. Wiejskiej 6/8 w Warszawie, lub w inne miejsca wskazane przez zamawiającego.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w Rozdziale VII - Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia przewidział (pkt 7.1.), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 7.1.1. Nie podlegają wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1-2 i pkt 8 ustawy); 7.1.2. Spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie: 7.1.2.1. Zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: (a) posiada doświadczenie w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych na trasach międzynarodowych, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 3 usługi rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych na przewozy pasażerskie na trasach międzynarodowych, o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł brutto każda. Przez jedną usługę zamawiający rozumie wykonaną lub wykonywaną jedną umowę. W przypadku usług w trakcie trwania, wykonawca musi wykazać, że zrealizował już usługę w wymienionym zakresie i na kwotę nie niższą niż wymagana przez zamawiającego, (b) dysponuje lub będzie dysponować: 24 h serwisem z dostępem do systemu rezerwacyjnego posiadającym numer/y telefonu/ów; punktem sprzedaży na terenie Warszawy, czynnym od poniedziałku do piątku, minimum w godzinach 8.00-16.00, posiadającym adres e-mail, numer/y telefonu/ów do kontaktów z zamawiającym; (c) do realizacji usługi (będącej przedmiotem zamówienia) wyznaczy co najmniej dwóch kasjerów lotniczych, którzy posiadają co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych na trasach międzynarodowych i posiadają kwalifikacje zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, tj. ukończyli kursy: taryfowe, rezerwacyjne i wystawiania biletów lotniczych na trasach międzynarodowych. 7.1.2.2. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj.: zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że ubezpieczył

odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 800 000,00 zł. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w ppkt 7.1.2. - musi spełniać co najmniej jeden wykonawca. Dalej, w pkt 7.2. zamawiający przewidział, że wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, w celu oceny przez zamawiającego, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Ww. dokument w swojej treści musi określać w szczególności: (i) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; (ii) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; (iii) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; (iv) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuje usługi, których wykazane zdolności dotyczą. Zgodnie z pkt 7.5. zamawiający oceni czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-22 i ust. 5 pkt 1-2 i pkt 8 ustawy. 7.6. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

7.7. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. 7.8. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, który udostępnia wykonawcy zasoby, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający zażąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 7.8.1. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub 7.8.2. zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ppkt 7.1.2. Zgodnie z pkt 7.9. SIWZ ocena spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w dalszej części SIWZ. Z treści załączonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że wyżej wymienione warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione.

Ponadto, w Rozdziale VIII SIWZ, zatytułowanym: Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia zamawiający, w pkt 8.4. wskazał, że w celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w rozdziale VII, wykonawcy muszą przesłać zamawiającemu drogą elektroniczną wraz z zaszyfrowaną ofertą JEDZ (załącznik nr 6 do SIWZ) opatrzony tak, jak oferta, kwalifikowanym podpisem elektronicznym. JEDZ wraz z plikami stanowiącymi ofertę winien być skompresowany do jednego pliku ZIP, a następnie załączony do formularza do składania ofert. JEDZ winien być podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu. Zamawiający informuje, że wykonawcy mogą ograniczyć się do wypełnienia części IV JEDZ - Kryteria kwalifikacji, sekcja 1 - Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji i w związku z tym nie muszą wypełniać pozostałych sekcji w części IV JEDZ. Zgodnie z pkt 8.5 SIWZ w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców oświadczenie JEDZ, o którym mowa w pkt 8.4., składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. JEDZ potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Oświadczenia JEDZ winny być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania każdego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Ponadto, wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa Oświadczenia JEDZ dotyczące tych podmiotów, podpisane

kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje. W przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcy/om wykonawca składa oświadczenie JEDZ dotyczące tego lub tych podwykonawcy/ów, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do jego/ich reprezentowania. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W przypadku udziału podwykonawcy/ów przy realizacji zamówienia, zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy/om. W przypadku braku takiego wskazania w JEDZ, zamawiający uzna, że wykonawca będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawcy/ów. Jeżeli powierzenie podwykonawcy/om wykonania części zamówienia następuje w trakcie jego realizacji wykonawca, na żądanie zamawiającego, przedstawi oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy, oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego wykonawcy. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy/om nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.

Izba ustaliła ponadto, że w Rozdziale XVI SIWZ zamawiający opisał jakimi kryteriami będzie kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz wskazał wagi tych kryteriów. Przy ocenie ofert zamawiający brał pod uwagę: (i) cenę opłaty transakcyjnej brutto za wystawienie jednego biletu wyrażona w PLN „C" - 45%; (ii) wysokość rabatu określonego w % od ceny każdego biletu lotniczego przewoźnika „R" - 15%; (iii) doświadczenie osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia - „D" - 25% oraz (iv) dodatkowy kasjer lotniczy „K" - 15%.

W zakresie doświadczenia kasjerów zamawiający opisał, iż wymaga (wymagania minimalne), aby wykonawca wyznaczył do realizacji usługi co najmniej dwóch kasjerów lotniczych, którzy ukończyli kursy: taryfowe, rezerwacyjne i wystawiania biletów oraz posiadają co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych na trasach międzynarodowych i posiadają kwalifikacje zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, tj. ukończyli kursy: taryfowe, rezerwacyjne i wystawiania biletów lotniczych na trasach międzynarodowych. W celu przyznania dodatkowych punktów zamawiający rozszerza ww. wymagania minimalne i będzie punktował dłuższe doświadczenie zawodowe kasjerów lotniczych w następujący sposób: dwóch kasjerów lotniczych posiadających doświadczenie zawodowe powyżej 9 lat - 25 pkt; jeden kasjer lotniczy posiadający doświadczenie zawodowe powyżej 9 lat - 15 pkt; dwóch kasjerów lotniczych posiadających doświadczenie zawodowe powyżej 4 lat do 9 lat włącznie -10 pkt; jeden kasjer lotniczy posiadający doświadczenie zawodowe powyżej 4 lat do 9 lat włącznie - 5 pkt. Dalej w SIWZ zamawiający opisał, że wykonawca otrzyma 0 pkt w przypadku, gdy oświadczy, że dwóch kasjerów lotniczych wyznaczonych do realizacji zamówienia posiada wymagane co najmniej 3 - letnie doświadczenie. Do oceny w kryterium „Doświadczenie osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia wykonawca poda w załączniku do formularza oferty następujące informacje: - okresy „od mm/rrrr do mm/rrrr", potwierdzające doświadczenie kasjerów lotniczych, nazwy i dane teleadresowe podmiotu/podmiotów, w których osoba/y pracowała/ły na stanowisku kasjera lotniczego; nazwę systemu/ów rezerwacyjnego/ych (GDS), w jakich pracował/pracowali kasjer/kasjerzy. Należy wypełnić tylko jedną z czterech pozycji załącznika do formularza oferty. W przypadku niewypełnienia żadnej z czterech pozycji lub wypełnienia więcej niż jednej pozycji zamawiający nie przyzna punktów w kryterium „doświadczenie osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia". W ramach tego kryterium można otrzymać maksymalnie 25 pkt. Do wypełnienia załącznik do formularza oferty - Wykaz doświadczenia osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia. Ww. załącznik nie podlega uzupełnieniu lub poprawieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei z SIWZ wynikało, że ramach kryterium dodatkowy kasjer lotniczy „K" można otrzymać maksymalnie 15 pkt. Jeżeli wykonawca w formularzu oferty zadeklaruje, że przeznaczy do realizacji usługi jednego kasjera ponad dwóch wymaganych, posiadającego co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych na trasach międzynarodowych i ukończone kursy: taryfowe, rezerwacyjne i wystawiania biletów lotniczych na trasach międzynarodowych i dołączy do oferty certyfikaty lub inne równoważne dokumenty potwierdzające kwalifikacje, otrzyma 15 pkt. Wykonawca, który nie zadeklaruje dodatkowego kasjera ponad dwóch wymaganych lub nie dołączy do oferty certyfikatów lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających kwalifikacje dodatkowego kasjera, nie otrzyma punktów w tym kryterium. Ocena końcowa oferty była sumą punktów „P" za wszystkie opisane wyżej kryteria oceny ofert.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty - oferta LOT oraz odwołującego.

Zamawiający, w dniu 3 lutego 2020 r. poinformował, że dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LOT.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją, z powyższych powodów 13 lutego

2020 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie oświadczenia o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców przez wykonawcę LOT, oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LOT w sytuacji, w której realizacja zamówienia będzie polegać na pełnym oddaniu zamówienia do realizacji przez Lot Travel Sp. z o.o. będącego podwykonawcą.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami zasadne jest sformułowanie kilku uwag natury ogólnej. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienie udzielane jest wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z kolei wykonawcę definiuje się jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). Jednocześnie w art. 2 pkt 9 b ustawy Pzp zdefiniowano co należy rozumieć przez umowę o podwykonawstwo tj. umowę o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Z kolei stosownie do brzmienia art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to, co do zasady, przysługuje niezależnie od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy). Jednakże, co wynika z literalnego brzmienia przepisu, który wskazuje na „część" zamówienia, nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy wykonania całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega. Jednocześnie ustawodawca zastrzegł, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (w przypadku robót budowlanych lub usług), bądź też obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania części zamówienia, która została przez zamawiającego uznana za kluczową. Kluczową część zamówienia wykonawca musi zrealizować osobiście.

Stwierdzić należy wprawdzie, że nie ma, w świetle postanowień ustawy Pzp, możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia w SIWZ, że zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakresu udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (tak m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., sygn. akt III SA/Wr 921/16). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego, zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (tak m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 21 marca 2017 r., sygn. akt III SA/Lu 826/16). Takie postanowienia byłyby sprzeczne zasadami określonymi w ustawie, której przepisy mają na celu umożliwienie w jak najszerszym zakresie ubiegania się o zamówienia publiczne wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Ci z kolei, z reguły, biorą udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.

Z kolei w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), w art. 71 ust. 2 stwierdzono, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Analogiczne postanowienie zostało

zamieszczone w art. 88 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa).

Tym samym stwierdzić należy, że zarówno w cytowanych przepisach Dyrektyw, jak też ustawy Pzp mowa jest o „części" zamówienia. W świetle literalnego ich brzmienia, stwierdzić należy, że nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Problematyczne jest wprawdzie określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i określenie tego w sposób procentowy. Nie sposób ustalić bowiem jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do wykonania dla wykonawcy. Powyższe należy rozważać każdorazowo, mając na uwadze zakres prac powierzonych do wykonania podwykonawcy mając na uwadze, że zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp, w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. W treści SIWZ zostały natomiast przywołane przepis ustawy Pzp, dotyczące możliwości powierzenia podwykonawcy części zamówienia.

Przystępujący, składając swoją ofertę, załączył do niej JEDZ, w którym w części IV - Kryteria kwalifikacji lit. C - Zdolność techniczna lub zawodowa w wierszu: Wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia wpisał: „Rezerwacja, sprzedaż biletów lotniczych wystawianych na dokumentach obcych przewoźników". Przystępujący przedłożył również, wraz z ofertą, JEDZ dla swojego podwykonawcy - LOT TRAVEL. Jednocześnie z treści Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia wynikało, że LOT TRAVEL odda do dyspozycji przystępującemu niezbędne zasoby, celem realizacji przedmiotowego zamówienia. W Zobowiązaniu, jako zakres i okres udziału innego podmiotu w wykonaniu zamówienia wpisano: „Rezerwacja, sprzedaż biletów lotniczych oraz udostępnienie i zapewnienie 24 godzinnego serwisu przez cały okres realizacji zamówienia - umowa o współpracy". Jednocześnie w załączniku do Formularza oferty - Wykaz doświadczenia osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia wskazano osoby oraz opisano ich doświadczenie, które wyznaczone zostaną do realizacji zamówienia. Zgodnie z opisem osoby te obecnie zatrudnione są w LOT TRAVEL.

Zgodnie z opisem w SIWZ przedmiotem niniejszego zamówienia jest rezerwacja, sprzedaż i dostawa biletów lotniczych na przewozy pasażerskie na trasach międzynarodowych dla senatorów, pracowników Kancelarii Senatu, osób delegowanych przez Kancelarię Senatu i innych osób niebędących pracownikami, towarzyszących delegacjom na wyjazdach zagranicznych oraz dla gości zagranicznych zamawiającego przybywających do Polski. Jednocześnie we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ - §10 określono szereg obowiązków, które będą spoczywały na wykonawcy, świadczącym przedmiotowe usługi. I tak, zgodnie z ust. 1 zamawiający wyznaczy do obsługi zamawiającego w swoim punkcie sprzedaży na terenie Warszawy (czynnym od poniedziałku do piątku w godzinach od 8 do 16) kasjerów lotniczych, wymienionych w ofercie. Ponadto, zgodnie z ust. 4 zadaniem wykonawcy będzie dostarczenie dokumentów, które nie mogą zostać przekazane za pośrednictwem poczty elektronicznej do siedziby zamawiającego, na wskazany tam adres.

Jak wynikało z wyjaśnień przystępującego, złożonych na rozprawie, złożone przez niego oświadczenie w zakresie, w jakim zamierza korzystać przy realizacji zamówienia z podwykonawców, z czym koresponduje treść oświadczenia złożonego w JEDZ wykonawcy oraz Zobowiązania LOT TRAVEL - zmierza do zlecenia podwykonawcy usług w zakresie określonym w treści załącznika do oferty tj. osób skierowanych do realizacji zamówienia, pracujących na stanowiskach kasjerów lotniczych. Osoby te bowiem wykonują zadania w postaci rezerwacji i sprzedaży biletów. Pozostała natomiast część kontraktu, jak np. wymieniony powyżej punkt sprzedaży, czy też system rezerwacyjny służący do rezerwacji biletów, są własnością wykonawcy tj. LOT. Tym samym nie sposób wywieść, że podwykonawcy powierzona zostanie całość usług, objętych przedmiotem zamówienia. Wprawdzie odwołujący kwestionował stanowisko LOT twierdząc, że nie jest prawdą, że system rezerwacyjny LOT udostępniany jest wyłącznie LOT TRAVEL na potrzeby tego postępowania oraz, że w przypadku udostępnienia przez LOT tego systemu inaczej kalkulowana jest oferta, niż w przypadku udostępnienia tego systemu agentom, którzy mają swoje systemy rezerwacyjne, Izba uznała, że w tym zakresie odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że nie można uznać, że LOT powierzył realizację zamówienia w całości podwykonawcy, dla którego JEDZ przedłożył tj. LOT TRAVEL.

Tym samym Izba nie podzieliła również twierdzeń odwołującego, że zaznaczenie przez LOT w części II lit. D JEDZ pola „NIE" stanowiło omyłkę z tego powodu, że celem przystępującego było powierzenie w całości realizacji zamówienia podwykonawcy. Sposób wypełnienia formularza potwierdza intencje LOT, co do zamiaru powierzenia podwykonawcy tej części zamówienia, która związana jest z koniecznością wyznaczenia do świadczenia usług określonych osób - kasjerów lotniczych. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść formularza JEDZ w zakresie tytułów sekcji C i D. Sekcja C zatytułowana jest bowiem: „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów". Poleganie na zdolności innych podmiotów może być realizowane na podstawie dowolnego stosunku prawnego m.in. w poprzez podwykonawstwo. Z tego powodu w swoim JEDZ LOT, który będzie polegał na potencjale LOT TRAVEL zaznaczył kwadrat „TAK". Złożone oświadczenie koresponduje z oświadczeniem zamieszczonym w dokumencie zatytułowanym: Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z 3 stycznia 2020 r. Tytuł sekcji D natomiast brzmi: „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega". Użycie frazy „nie polega" wskazuje, że w sekcji tej mowa jest o podwykonawstwie i podwykonawcach nieuwzględnionych w sekcji C.

Izba nie podzieliła również zastrzeżeń odwołującego formułowanych w odniesieniu do treści pełnomocnictwa, udzielonego dla Pana W. M., który podpisał oświadczenie wyrażone w Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Kwestionowane pełnomocnictwo z 23 maja 2014 r. upoważnia Pana W. M. do reprezentowania LOT TRAVEL w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Nie sposób wywieść, jak chce tego odwołujący, że wyłącza ono zatem możliwość złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Jak wywodził odwołujący oświadczenie takie składane jest poza postępowaniem przez podwykonawcę - wykonawcy. Zauważyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie precyzują szczególnych wymagań w zakresie treści pełnomocnictwa, które przedstawia wykonawca wraz z oświadczeniem o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci. Owych szczególnych wymagań w tym zakresie nie zawarł również zamawiający w treści SIWZ. Należało zatem zgodzić się z zamawiającym, że na podstawie ogólnego pełnomocnictwa, udzielonego Panu W. M. z dnia 23 maja 2014 r., był on umocowany do reprezentowania spółki LOT TRAVEL w postępowaniach, bez względu na rolę jaką miała ona odgrywać w danym postępowaniu tj.

również w zakresie w jakim składane jest w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego, prezentowanej na rozprawie, że w niniejszej sprawie nie doszło do skutecznego udostępnienia potencjału, Pan W. M. był bowiem zarówno wystawcą, jak też odbiorcą złożonego oświadczenia, gdyż był on zarówno pełnomocnikiem podwykonawcy, jak też wykonawcy w postępowaniu. Izba uznała, że wprawdzie przywoływany art. 108 kodeksu cywilnego wyklucza co do zasady sytuacje, w których pełnomocnik może reprezentować obydwie strony czynności prawnej. Dostrzeżenia wymaga, że przepis ten przewiduje jednak pewne wyjątki od tej zasady. Do odstępstw od zasady wykluczającej możliwość dokonywania czynności niejako z samym sobą należą następujące przypadki: (i) gdy sam mocodawca upoważnił w pełnomocnictwie (w jego treści) swojego pełnomocnika do dokonywania czynności prawnych, których drugą stroną jest ten pełnomocnik; (ii) jeżeli ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. W doktrynie podkreśla się że to, czy treść czynności prawnej wyłącza możliwość naruszenia interesów mocodawcy należy oceniać wyłącznie według kryteriów obiektywnych, a nie według subiektywnego przekonania pełnomocnika, że jego działanie nie miało na celu pokrzywdzenia mocodawcy. Pojęcie interesów mocodawcy należy w tym kontekście rozumieć szeroko, a więc jako dotyczące zarówno sfery prawnej, jak i czysto faktycznej. Dopuszczalność ta zazwyczaj wynika z treści stosunku podstawowego łączącego mocodawcę z umocowanym. W powyższych zatem sytuacjach czynność prawna dokonana przez pełnomocnika "z samym sobą" będzie ważna i skuteczna. W tych wypadkach leży to bowiem w interesie zarówno samego mocodawcy, jak i jego pełnomocnika, a więc nie zachodzi naruszenie interesów mocodawcy. W niniejszej sprawie mamy właśnie do czynienia z drugą z opisanych okoliczności, nie sposób bowiem uznać, że podpisanie Zobowiązania o udostępnieniu zasobów naruszało w jakikolwiek sposób interes mocodawcy. Tym samym czynność dokonaną w postępowaniu przez Pana W. M. należy uznać za ważną i skuteczną.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez przyznanie LOT punktów za potencjał podmiotu trzeciego w sytuacji, w której udostępnienie potencjału jest nieskuteczne, a zamawiający nie dopuścił i nie opisał procedury oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący w tym zakresie wskazał, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu, nie można zaś dokonywać oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert, opisanych w SIWZ.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób zgodzić się z następujących powodów. Jak wskazują przepisy art. 22a ust. 1-5 ustawy Pzp: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Nie ulega wątpliwości, że w przepisach tych mowa w istocie o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bazując jednak wyłącznie na treści powyższych regulacji nie sposób przesądzić, że ustawodawca wprowadził ograniczenie co do możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny złożonych ofert.

Zgodnie z 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. z kolei w artykule 91 ust. 2 ustawy Pzp wymieniono dostępny dla zamawiającego katalog kryteriów oceny ofert. Wśród nich, wymieniono w pkt 5 - organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego przepisy krajowe nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Ustawa pzp nie wskazuje bowiem, że osoby wyznaczone do realizacji zamówienia mają stanowić wyłącznie zasób własny wykonawcy.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1093/18, która stwierdziła, że „istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej mają również uregulowania unijne. Zgodnie z art. 67 ust. 2 lit b dyrektywy 2014/24/UE kryteria udzielenia zamówienia mogą obejmować m.in.: organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia. W myśl ustępu 4 tego artykułu: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej również przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie wykluczają możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach tzw. kryteriów udzielenia zamówienia. Wnioskować zatem należy, że unijny ustawodawca dopuszcza sytuację w której wykonawca może powołać się na taki potencjał - potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów udzielenia zamówienia - jeżeli Zamawiający taką możliwość dopuści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - jednocześnie określając zasady przyznawania punktacji, dostosowując powyższe zasady do prowadzonego postępowania oraz przedmiotu zamówienia.”

Jak ustaliła Izba, zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastrzegł w SIWZ, że punktacji w ramach kryterium: doświadczenie osób (kasjerów lotniczych) wyznaczonych do realizacji zamówienia - „D” - 25% oraz dodatkowy kasjer lotniczy „K” - 15%, będzie podlegał wyłącznie personel stanowiący zasób własny wykonawcy. Nie opisał wprawdzie i nie określił wprost, że będzie punktował również zasoby podmiotu trzeciego, jednakże skoro nie wykluczył polegania na zasobach podmiotu trzeciego w kryteriach oceny ofert, a zakazu takiego nie ustanawia ani ustawa Pzp, ani cytowane wyżej przepisy dyrektywy, wnioskować należy, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów udzielenia zamówienia, jeżeli zamawiający taką możliwość dopuści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt

KIO 1093/18 oraz w wyroku z 23 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18.

Nie pozostaje też bez znaczenia okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu potencjał kadrowy, oceniany w kryteriach oceny ofert to kasjerzy, przy pomocy których wykonawca będzie realizował zamówienie. Treść art. 22a ust. 4 ustawy Pzp determinuje konieczność faktycznego wykonania zamówienia, w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie ma zatem obawy w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, aby osoby udostępnione przez podmiot trzeci nie brały następnie aktywnego udziału w wykonaniu zamówienia. Kwestionowane punkty, jakie zostały przyznane przez zamawiającego w kryterium oceny ofert dotyczą elementów, które mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający opisując bowiem doświadczenie tych osób i zasady przyznawania punktów, położył nacisk na doświadczenie kasjerów skierowanych do realizacji zamówienia. Tym samym bez znaczenia dla uzyskania lepszej jakości wykonania zamówienia pozostaje podstawa dysponowania daną osobą - czy jest to dysponowanie bezpośrednie (zasób własny wykonawcy) czy dysponowanie pośrednie (zasób podmiotu trzeciego).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, przyznając przystępującemu punkty w ramach kryterium oceny ofert, punktując potencjał podmiotu trzeciego, który złożył stosowne Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci osób skierowanych do realizacji zamówienia, a zamawiający nie uczynił w SIWZ zastrzeżenia w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....