

WYROK

z dnia 20 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kiwity

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje uwzględnienie w toku ponownej oceny ofert okoliczności, iż niedopuszczalne jest punktowanie doświadczenia innego podmiotu, na którego zdolnościach polega wykonawca W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. W. TRANSPORT USŁUGOWY z siedzibą w Jedwabnie i tym samym przyznanie ofercie tegoż wykonawcy 0 punktów w kryterium - doświadczenie wykonawcy;
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Kiwity i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. Zasądza od zamawiającego Gminy Kiwity na rzecz wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Kiwity - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa

DP 1646N od granicy Gminy Kiwity do DP 1535N przez miejscowość Maków” - Sprawa nr: GKSO.I.271.6.2017. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2017 r. za numerem 634127-N-2017. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest mniejsza

od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018, zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 5 lutego 2018 r. odwołanie poprzez elektroniczną skrynkę podawczą EPUAP wniósł wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 stycznia 2017 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 5 lutego 2018 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Wykonawcy W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. W. TRANSPORT USŁUGOWY z siedzibą w Jedwabnie - dalej M. W. TRANSPORT USŁUGOWY. Wskazanej czynności zarzucił naruszenie:

1) art. 22a. ust. 1 i ust. 4 ustawy pzp poprzez zastosowanie tych przepisów (odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu) podczas gdy w niniejszym stanie faktycznym

Zamawiający przyznał w tych ramach punkty w ramach kryterium selekcji,

2) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez uznanie, iż Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY spełnia warunek udziału w postępowaniu, bez wskazania, czy warunek ten spełnia osobiście, czy poprzez zasób podmiotu trzeciego (brak przejrzystości), a także poprzez wybór Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY w trybie niezgodnym z przepisami ustawy pzp, tj. poprzez podstawienie do wzoru (wybór Wykonawcy) nieprawidłowych wielkości (w zakresie doświadczenia);

3) art. 22a ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp poprzez brak wykluczenia

Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, mimo iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem podmiot trzeci, na którego zasób się powołał, nie miał realizować zamówienia,

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy pzp poprzez nieprawidłowe uwzględnienie przez Zamawiającego podczas oceny oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY zasobów innych podmiotów pod kątem kryteriów selekcji (kryteriów oceny ofert) i wybór najkorzystniejszej oferty, pomimo iż nią ona nie jest.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- oceny realnego doświadczenia Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY i przyznania mu w tej części 0 punktów,

- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została mu przekazana w dniu 29 stycznia 2018 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. Mianowicie, Odwołujący

wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp może stracić możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Oferta Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu uplasowała się na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy pzp ocenił ofertę Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY - nie powinna być ona uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji, gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami prawa nie dokonałby wyboru oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY jako oferty najkorzystniejszej, a wybrałby jako ofertę najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Brak możliwości zawarcia umowy przez Odwołującego jest szkodą wynikającą z naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na postanowienia Rozdziału VII pkt. 1 lit. c) SIWZ dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia wykonawcy. Ponadto przywołał zapisy Rozdziału XVI SIWZ dotyczącego kryteriów oceny ofert, zgodnie z którymi Zamawiający przewidział kryterium - doświadczenie wykonawcy i przypisał wagę temu kryterium - 10 %. Zgodnie z zapisami SIWZ sposób obliczania punktów dla kryterium „doświadczenie wykonawcy” miało odbyć się na poniższych zasadach: „Przez doświadczenie wykonawcy zamawiający rozumie ilość wykonanych zadań w zakresie przebudowy lub modernizacji dróg. Wykonawca powinien udokumentować (przedstawić umowy, referencje), że w okresie ostatnich pięciu lat wykonywał podobne roboty spełniające minimalne wymagania tj. długość przebudowywanej drogi - minimum 1000 m, wartość robót-minimum 1 000 tys. PLN. Do tego kryterium zamawiający miał zastosować następujące zasady przydziału punktów: Ilość wykonywanych zadań 1 - 0 pkt, 2 - 5 pkt, 3 i więcej 10 pkt. Za ofertę najkorzystniejszą miała być uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny, okresu gwarancji i doświadczenia tj., maksymalną liczbę punktów w oparciu o ustalone kryteria.”

Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY w złożonej w przedmiotowym postępowaniu ofercie oświadczył, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu jednocześnie przedkładając w niej zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy: P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży. Podmiot na którego zasobach polega Wykonawca w ww. dokumencie złożył oświadczenie, że jako podmiot, na którego zasobach Wykonawca polega dla wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej prowadzonego postępowania zobowiązuje się oddać do dyspozycji ww. Wykonawcy zdolności techniczne lub zawodowe:

„1) zakres zasobów innego podmiotu: zdolności techniczne, zawodowe zdobyte podczas realizacji zamówień odpowiadających warunkom postawionym przez Zamawiającego, umożliwiające w pełni realizację przedmiotu zamówienia w zakresie i na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, wykonaliśmy m.in. roboty wg załączonych referencji,

2) sposób wykorzystania zasobów: spełnienie wymagań SIWZ w zakresie zdolności technicznej, zawodowej poprzez doradztwo, konsultacje,

3) okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: okres realizacji zamówienia.”

W formularzu ofertowym w części „składniki pozacenowe” w której Oferenci deklarowali wartości, które będą brane przez Zamawiającego pod uwagę w kryterium oceny ofert Wykonawca wskazał ilości w zakresie posiadanego doświadczenia: „minimalne -1 robota spełniająca minimalne wymagania oraz - dodatkowe (punktowane) - 3 roboty spełniające minimalne wymagania.”

Wynika z tego, że Wykonawca zadeklarował wykazaniem się 4 robotami spełniającymi odpowiednio wymagania SIWZ. W dniu 05.01.2018 r. Zamawiający wezwał firmę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY do złożenia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca 08.01.2018 r. złożył dokumenty, w tym m.in. wykaz robót budowlanych. Do niniejszego wykazu zostały dołączone 4 poświadczenia wykonania robót budowlanych (zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym), w tym: 1 poświadczenie, które potwierdza wykonanie robót przez Wykonawcę, a 3 przez podmiot trzeci. Następnie Zamawiający, pismem z dnia 18.01.2018 r., wezwał Wykonawcę, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, do przedłożenia dokumentów potwierdzających rzeczywistość udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci, a także dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bazując na doświadczeniu podmiotu trzeciego. W odpowiedzi Wykonawca przedłożył umowę o współpracy z podmiotem trzecim. Z dokumentów tych nie wynika, która robota miała wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a

które miały zostać uwzględnione przy ocenie oferty. Wykonawca wzywany był do przedłożenia dokumentów jedynie dotyczących podmiotu trzeciego (w zakresie warunku). Z przedłożonych dokumentów nie wynika też realność udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci. Pismem z dnia 3.01.2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o brakach w ofercie Wykonawcy. Ustawodawca precyzyjnie określił okoliczności, w jakich wykonawcy mogą powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego - art. 22a ust. 1 ustawy pzp. Jeśli uznać, że Wykonawca samodzielnie spełnił warunek w świetle przepisów ustawy pzp nie może wspomagać się potencjałem podmiotu trzeciego jedynie w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. Takiej sytuacji bowiem ustawodawca nie przewidział obecnie w ogóle, gdyż zgodnie z art. 62 pkt. 5 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 Nr 1920 z dnia 2016.11.29) w art. 25a w ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) we wprowadzeniu do wyliczenia oraz w art. 36b w ust. 2 skreślono wyrazy "lub kryteriów selekcji", które obowiązywały przez prawie pół roku tj. do 14 grudnia 2016 roku od czasu poprzedniej nowelizacji tego przepisu tj. od dnia 28 lipca 2016 roku (na podstawie art. 1 pkt 39) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz.U. z 2016 poz. 1020 z dnia 2016.07.13).

Odwołujący podniósł, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający, nie odróżnia instytucji warunku udziału w postępowaniu od treści oferty i zasad jej oceniania. Nie jest jasne, czy Zamawiający ostatecznie uznał, że Wykonawca spełnia warunek udziału samodzielnie, czy też przez zasób podmiotu trzeciego. Nie wiadomo, które dokumenty wziął pod uwagę do oceny oferty. Tymczasem kwestia niezmienności oferty jest podkreślana w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2017 r. KIO 1723/17 Izba stwierdziła, iż „wyjątki od zasady niezmienności oferty tak w sensie rozumianym ściśle, tj. przedmiotowo, jak w szerokim rozumieniu, czyli z uwzględnieniem wymogów podmiotowych dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, są przewidziane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wyłącznie jako możliwe do zastosowania z inicjatywy zamawiającego (por. art. 87 ust. 2, art. 26 ust. 3, art. 22a ust. 6 ustawy)”. Wykonawca samowolnie zmienił treść złożonych przez siebie dokumentów. Ponadto Izba stwierdziła, że „przepis art. 22a ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) rozumiany przez skład orzekający jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) może być zdaniem Izby stosowane jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska co do możliwości zastąpienia (z przypomnieniem, że zawsze na wezwanie zamawiającego i w wyniku jego oceny, a nie z własnej inicjatywy wykonawcy) własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.”

Odwołujący zauważa, że z przedłożonego przez podmiot trzeci zobowiązania jednoznacznie wynika, że Wykonawca może dysponować jego potencjałem wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem w kryterium „doświadczenie wykonawcy” Wykonawca powinien otrzymać 0 punktów. Niezależnie od powyżej wykazanego, błędnego sformułowania przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, należy odnieść się do przebiegu oceny ofert, dokonanej przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, natomiast ocena kryterium w postaci „doświadczenia wykonawcy” w niniejszym postępowaniu została dokonana w odniesieniu do Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego „MARGO” M. G., a zatem podmiot, który w ogóle w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty. Wykonawca wskazał, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaże za pośrednictwem zasobu podmiotu trzeciego. Zamawiający uznał ten warunek za spełniony, skoro ocenił ofertę Wykonawcy. Należy więc uznać, że jedna z robót wykonanych przez podmiot trzeci została „skonsumowana” przez Wykonawcę, jako robota dowodząca spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Do oceny oferty więc, Wykonawca przedłożył dokumenty dotyczące trzech innych robót, w tym zaledwie jedną, którą wykonał samodzielnie. Dwie pozostałe zostały wykonane przez podmiot trzeci. Ustawodawca nie przewidział takiej możliwości, by doświadczenie podmiotu trzeciego służyło Wykonawcy do tego jedynie, by wygrać przetarg. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie mógł brać pod uwagę przy ocenie doświadczenia wykonawcy dokumentów tego wykonawcy nie dotyczących. Definicja wykonawcy zawarta w ustawie pzp jest precyzyjna. Wylicza także możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wykonawca w niniejszym postępowaniu startował w postępowaniu samodzielnie. Tak więc jego, i tylko jego doświadczenie mógł oceniać Zamawiający. Wszak rubryka z części SIWZ dotyczącej oceny ofert nazywa się „doświadczenie wykonawcy”, a nie „doświadczenie podmiotu trzeciego”.

Wykonawca przedstawił doświadczenie podmiotu trzeciego tylko i wyłącznie dla wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zaznaczył, iż nie przewiduje powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia. Tymczasem potencjał podmiotu trzeciego, a nie Wykonawcy, który złożył ofertę, przesądził o tym, że oferta Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą dla Zamawiającego i wybrana. Obecnie obowiązujący w ustawie

pzp wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako „obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia.” Skoro więc doświadczeniem podmiotu trzeciego wykazał się Wykonawca jedynie w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem w trakcie realizacji zamówienia podmiot ten nie będzie podwykonawcą, należało uznać, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.

Gdyby Zamawiający ocenił ofertę Wykonawcy poprawnie, otrzymałaby ona następującą liczbę punktów: 60 (cena) + 30 (gwarancja) + 0 (doświadczenie) = 90. Natomiast oferta Odwołującego zostałaby oceniona następująco: 56,81 (cena) + 30 (gwarancja) + 10 (doświadczenie) = 96,81, co oznacza, iż to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą dla Zamawiającego.

W dniu 15 lutego 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W zakresie zarzutu 1 odwołania wskazał, że wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, opierając się na własnych zdolnościach, a także skorzystać z możliwości jaką daje mu przepis art. 22a ust. 1 ustawy pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez dostęp do potencjału innego podmiotu. Brak jest podstaw do przyjęcia, że jeżeli wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, to w świetle w/w przepisów nie może wspomagać się potencjałem podmiotu trzeciego. W przedmiotowej sprawie Wykonawca powołując się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego wykazał Zamawiającemu, że będzie faktycznie, w sposób realny korzystał z tego zasobu, przedkładając stosowne dokumenty (umowa współpracy). Bezpodstawny zatem jest zarzut Odwołującego, że posłużenie się przez Wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego nastąpiło jedynie w celu uzyskania dodatkowych

punktów w kryterium oceny ofert.

Odnosnie zarzutu 2 odwołania Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca składając ofertę w formularzu ofertowym w pkt 10. Oświadczenie na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu — zaznaczył, że polega na zdolnościach innych podmiotów i przedłożył w tym celu załącznik nr 3A (tj. zobowiązanie innych podmiotów na podstawie art. 22a ustawy pzp). Zatem Zamawiający dokonując oceny tej oferty mógł brać pod uwagę spełnienie warunków udziału w postępowaniu tego Wykonawcy wyłącznie poprzez skorzystanie z zasobu podmiotu trzeciego.

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania Zamawiający podniósł, że Wykonawca przedłożył dokument tj. umowę współpracy warunkowej na realizację usług doradczych z dnia 2 stycznia 2018 r. zawartą z podmiotem, z którego zasobu będzie korzystał. Podmiot ten zobowiązał się oddać do dyspozycji Wykonawcy zdolności techniczne, zawodowe poprzez doradztwo, konsultacje w okresie realizacji zamówienia. Szczegółowe zapisy w w/w umowie dotyczące dostępu Wykonawcy do potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji umowy, w ocenie Zamawiającego potwierdzają, że udział podmiotu trzeciego będzie rzeczywisty, że Wykonawca będzie miał realny dostęp do potencjału tego podmiotu, a potencjał podmiotu trzeciego będzie miał rzeczywisty wpływ na realizację zamówienia przez Wykonawcę.

W zakresie zarzutu 4 odwołania Zamawiający zaznaczył, iż dokonał prawidłowej oceny oferty Wykonawcy. Wykonawca ten powołał się na zdolności innego podmiotu w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z tym podlegało ono ocenie. Przedłożenie przez Wykonawcę jednego poświadczenia na wykonanie przez niego robót budowlanych nie miało żadnego znaczenia przy przydzielaniu punktów w zależności od ilości wykonanych zadań. W przypadku gdy ilość wykonanych zadań wynosiła trzy Wykonawca mógł dostać maksymalnie 10 punktów. Zamawiający przydzielając Wykonawcy punkty w kryterium „doświadczenie wykonawcy” przyznał mu 10 punktów gdyż Wykonawca przedłożył 3 wykonane zadania przy powołaniu się na zasoby innego podmiotu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia. Zatem oferta Wykonawcy została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Chybiony jest więc zarzut Odwołującego, że Zamawiający dokonał wyboru oferty nie najkorzystniejszej dla siebie, co do której nie ma wiedzy, kto będzie ją faktycznie realizował. Na podstawie umowy współpracy z dnia 2 stycznia 2018r. przedłożonej przez Wykonawcę, udowodnił on, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu oddanymi mu do dyspozycji przez cały okres realizacji zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 6 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail). Izba stwierdziła, że w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp do postępowania odwoławczego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę sklasyfikowaną na miejscu drugim zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, wezwania Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2018 r. oraz wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp z dnia 18 stycznia 2018 r., dokumentów złożonych na wyżej wskazane wezwania Zamawiającego oraz pisma Odwołującego z dnia 3 stycznia 2018 r.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się 3 stycznia 2018 r., a w postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców. Ofertę najkorzystniejszą złożył Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY i jego oferta została wybrana zgodnie z informacją z dnia 29 stycznia 2018 r. uzyskując 100 punktów (Cena - 60 punktów, Okres gwarancji - 30 punktów, Doświadczenie Wykonawcy - 10 punktów). Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Odwołującego z liczbą 96,81 punktów (Cena - 56,81 punktów, Okres gwarancji - 30 punktów, Doświadczenie Wykonawcy - 10 punktów).

Zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ pkt 1.2) lit. c: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który

10

w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie drogi o długość przebudowywanej drogi minimum 1000 m oraz wartość robót minimum 1 000 tys. PLN, wraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

W myśl Rozdziału VII pkt 6 i 7 SIWZ: „6. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 1 niniejszego rozdziału, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. 7. Zamawiający jednocześnie informuje, iż: 1) 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 (załącznik nr 3A do oświadczenia). 2) Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, 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 13-23 i ust. 5. 3) 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.”

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1.3)-5) SIWZ: „3) Jeżeli Wykonawca wskazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w stopniu

umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów, które określają w szczególności: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, d) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. 4) Dokumentem, o którym mowa w ppkt 3) jest w szczególności zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie podpisane przez osobę upoważnioną zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu udostępniającego dany zasób należy złożyć w oryginale - wzór załącznik nr 3A do SIWZ. 5) Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia

- w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby - warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniach, o którym mowa w pkt 1 ppkt 1)."

Na wezwanie Zamawiającego wykonawca najwyżej oceniony był zobowiązany zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt 3.2) lit. a SIWZ złożyć: „wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Należy udokumentować, co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie drogi o długość przebudowywanej drogi minimum 1000 m oraz wartość robót minimum 1 000 tys. PLN, wraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - wg wzoru - załącznik nr 5 do SIWZ."

Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w myśl postanowień Rozdziału XVI SIWZ w następujący sposób: 1. Cena 60% (60% = 60,00 pkt), 2. Okres gwarancji 30% (30% = 30,00 pkt), 3. Doświadczenie wykonawcy 10% (10% = 10,00 pkt) Wg zasady 1% = 1 pkt. Kryterium nr: 3 doświadczenie wykonawcy Zamawiający określił następująco: „Sposób obliczania punktów dla kryterium doświadczenie wykonawcy - max. 10 punktów (10%). Przez doświadczenie wykonawcy zamawiający rozumie ilość wykonanych zadań w zakresie przebudowy lub modernizacji dróg. Wykonawca powinien udokumentować (przedstawić umowy, referencje), że w okresie ostatnich pięciu lat wykonywał podobne roboty spełniające minimalne wymagania tj. - długość przebudowywanej drogi - minimum 1000 m - wartość robót

- minimum 1 000 tys. PLN. Do tego kryterium zamawiający zastosuje następujące zasady przydziału punktów: Ilość wykonywanych zadań 1 - 0 pkt, 2 - 5 pkt, 3 i więcej - 10 pkt." Zamawiający nie określił w SIWZ czy Wykonawca ma rozróżnić, które dokumenty składa na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a które celem uzyskania punktów w kryterium - doświadczenie wykonawcy.

W ofercie Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY wskazał odnośnie wymagań dotyczących doświadczenia: „minimalne - 1 robota spełniająca minimalne wymagania, dodatkowe (punktowane) - 3 roboty spełniające minimalne wymagania." Ponadto oświadczył, że nie przewiduje powierzenia podwykonawcy realizacji części zamówienia, a w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów. Wykonawca złożył wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu, w którym określono że: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO" M. G. z siedzibą w Łomży w przypadku wybrania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Przebudowa DP 1946N od granicy Gminy Kiwity do DP 1535N przez miejscowość Maków" oferty Wykonawcy: M. W. Transport Usługowy jako podmiot, na którego zasobach Wykonawca polega dla wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej prowadzonego postępowania zobowiązuje się oddać do dyspozycji ww. Wykonawcy: 1 . zdolności techniczne lub zawodowe: zakres zasobów innego podmiotu: zdolności techniczne, zawodowe zdobyte podczas realizacji zamówień odpowiadających warunkom postawionym przez Zamawiającego, umożliwiające w pełni realizację przedmiotu zamówienia w zakresie i na poziomie wymaganych przez Zamawiającego, wykonał m.in. roboty wg załączonych referencji; sposób wykorzystania zasobów: spełnienie wymagań SIWZ w zakresie zdolności technicznej, zawodowej poprzez doradztwo, konsultacje; okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: okres realizacji zamówienia. Podmiot ten oświadczył, iż znany jest mu fakt, że 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. Wykonawca złożył trzy poświadczenia

W dniu 3 stycznia 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY nie wykazał się doświadczeniem wykonawcy określonym w kryterium nr 3 opisanym przez Zamawiającego w Rozdziale XVI pkt 1, ppkt 3) SIWZ; przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego (firmy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „MARGO” M. G.) niezgodne z treścią SIWZ oraz ustawą Pzp; nie przedłożył wymaganych dokumentów formalnych podmiotu trzeciego (firmy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „MARGO” M. G.) potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Dnia 5 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY do złożenia dokumentów wymaganych w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W dniu 8 stycznia 2018 r. Wykonawca złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w których podał cztery roboty budowlane spełniające wymagania Zamawiającego. Wykonawca dołączył również cztery referencje potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień, przy czym jedna dotyczyła realizacji roboty budowlanej przez Wykonawcę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, trzy natomiast przez M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży.

Pismem z dnia 18 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia dokumentów potwierdzających rzeczywisty, realny dostęp do potencjału podmiotu M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży w trakcie realizacji umowy oraz dokumentów, o których mowa w rozdziale IX SIWZ potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przez podmiot na zasoby którego polega Wykonawca przy wykonaniu zamówienia publicznego. Dnia 22 stycznia 2018 r. Wykonawca złożył dokumenty z pkt IX SIWZ oraz umowę o współpracy z M. G. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży. Z jej treści wynika m.in. że Wykonawca ten zobowiązuje się świadczyć na rzecz Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY usługi doradztwa w zakresie zdolności technicznych i zawodowych zdobytych podczas realizacji zamówień odpowiadających warunkom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, umożliwiające w pełni realizację przedmiotu zamówienia, pod warunkiem wyboru przez Zamawiającego oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej przez cały okres realizacji zamówienia. Zakres przedmiotowy umowy obejmował następujące zagadnienia: doradztwo techniczne oraz nadzór podczas wykonywania robót budowlanych m.in. wykonywaniu robót ziemnych, tj. usunięcie humusu, wykonanie wykopów, wykonaniu przepustów wraz z umocnieniem skarp przy wlotach i wylotach, wykonaniu warstw konstrukcyjnych tj. warstwy odsączającej oraz podbudowy z kruszyw łamanych, wykonaniu nawierzchni z mieszanek mineralno — bitumicznych — warstwa wiążąca i ścieralna wraz z oczyszczeniem i skropieniem, wykonaniu poboczy, wykonaniu oznakowania w zakresie ustawienia barier, udzielenia konsultacji oraz doradztwa, polegającego na organizowaniu prac poszczególnych etapów robót, (pomoc w organizacji pracy i sposobu wykonania konkretnej części zamówienia), kontroli jakości wykonywanych prac oraz stworzeniu harmonogramu realizacji robót, podczas wystąpienia ewentualnych przeszkód lub problemów technicznych M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży zobowiązał się do ich rozwiązywania i zapobiegania pojawieniu się kolejnych trudności, dokonywania analizy poszczególnych planowanych etapów robót pod względem czasochłonności wykonywania robót, składu osobowego grup roboczych oraz sprzętu jaki należy zaangażować.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1) Zarzut naruszenia art. 22a. ust. 1 i ust. 4 ustawy pzp poprzez zastosowanie tych przepisów (odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu) podczas gdy w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający przyznał w tych ramach punkty w ramach kryterium selekcji.

W świetle zebranego materiału dowodowego oraz stanowisk Stron prezentowanych na rozprawie Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 1 ustawy pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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. Wskazać również należy, że M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży oświadczył w złożonym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, iż Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY może polegać na tych zasobach celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego pozwala na udział w postępowaniu, natomiast kryteria oceny ofert mają na celu wybór wykonawcy, który przedstawia najkorzystniejszą pod względami opisanymi w tych kryteriach ofertę. Tak jak podkreślał Odwołujący - 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. Zamawiający przyznał Wykonawcy punkty w kryterium „doświadczenie wykonawcy” za doświadczenie podmiotu trzeciego. Jak oświadczył na jawnej rozprawie to właśnie te roboty budowlane wskazane w wykazie uwzględnił przy ocenianiu oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, a więc zastosował dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy pzp do oceny ofert pomimo, iż przepis ten nie przewiduje takiego uprawnienia.

2) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez uznanie, iż Wykonawca M. W.

TRANSPORT USŁUGOWY spełnia warunek udziału w postępowaniu, bez wskazania, czy warunek ten spełnia osobiście, czy poprzez zasób podmiotu trzeciego (brak przejrzystości), a także poprzez wybór Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY w trybie niezgodnym z przepisami ustawy pzp, tj. poprzez podstawienie do wzoru (wybór Wykonawcy) nieprawidłowych wielkości (w zakresie doświadczenia).

Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie rozróżnił w dokumentach SIWZ, które doświadczenie wykazywane przez wykonawców będzie składane celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a które w ramach kryterium oceny ofert. Nie wymagał również określenia tej kwestii przez wykonawców w ofercie, np. w wykazie robót budowlanych. Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w których podał cztery roboty budowlane spełniające wymagania Zamawiającego. Wykonawca dołączył również cztery referencje potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień, przy czym jedna dotyczyła realizacji roboty budowlanej przez Wykonawcę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, trzy natomiast przez M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży. Zamawiający badając Wykonawcę wziął pod uwagę wyłącznie doświadczenie podmiotu, na którego zasobach polegał Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY i na tej podstawie przyznał Wykonawcy punkty, czym w ocenie Izby naruszył zasadę przejrzystości postępowania. Odwołujący dopiero z odpowiedzi na odwołanie dowiedział się w jaki sposób Zamawiający dokonał badania i oceny ofert.

3) Zarzut naruszenia art. 22a ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp poprzez brak wykluczenia Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY, mimo iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem podmiot trzeci, na którego zasób się powołał, nie miał realizować zamówienia

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się.

W myśl art. 22a ust. 1 i 4 ustawy pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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, przy czym 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. Izba podkreśla, że rację ma Odwołujący twierdząc że Wykonawca wybrany w postępowaniu nie udowodnił realności udostępnienia zasobów przez inny podmiot, na który powołał się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba zaznacza, że zgodnie z bieżącym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i stanowiskiem doktryny w świetle znowelizowanej ustawy pzp udział w realizacji zamówienia na gruncie niniejszej sprawy poprzez doradztwo i konsultacje nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy pzp - inny podmiot ma bowiem nie wziąć udziału w realizacji zamówienia a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby. „Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą” (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający, usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane. W ocenie Izby na gruncie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Wykonawcę M. W. TRANSPORT USŁUGOWY można w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, że podmiot trzeci nie zrealizuje zamówienia w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie. Wykonawca miał wykazać co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie drogi o długość przebudowywanej drogi minimum 1000 m oraz wartość robót minimum 1 000 tys. PLN i w całym tym zakresie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY nie wskazał w ofercie M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „MARGO” M. G. z siedzibą w Łomży jako podwykonawcy. Izba nie nakazała jednak wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp bowiem, co zostało pominęte przez Zamawiającego w trakcie badania Wykonawcy wybranego - Wykonawca ten wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu samodzielnie. Izba zaznacza, że tej okoliczności nie można tracić z oczu i pominąć. Wskazanie w ofercie, że wykonawca powołuje się na zdolności podmiotu trzeciego celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wyłącza możliwości wykazania się takim doświadczeniem przez samego wykonawcę, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie określił w SIWZ, które dokumenty mają zostać złożone celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu a które do kryterium oceny ofert. Kwestia ta mogłaby być przedmiotem dalszych wyjaśnień, jednak to Odwołujący, którego oferta powinna być najwyżej oceniana przez Zamawiającego będzie podmiotem badanym przez Zamawiającego.

4) Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy pzp poprzez nieprawidłowe uwzględnienie przez Zamawiającego podczas oceny oferty Wykonawcy M. W. TRANSPORT USŁUGOWY zasobów innych podmiotów pod kątem kryteriów selekcji (kryteriów oceny ofert) i wybór najkorzystniejszej oferty, pomimo iż nią ona nie jest.

Mając na względzie zgromadzony materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestnika Postępowania prezentowane na rozprawie Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaznacza, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 ustawy pzp). Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający przewidział kryterium oceny ofert - doświadczenie wykonawcy i przypisał temu kryterium wagę 10% (10 punktów). Zamawiający określił jak należy rozumieć to kryterium m.in. że Wykonawca miał „udokumentować [...] że wykonywał [...]”. Słusznie zatem twierdzi Odwołujący, że punktowane miało być doświadczenie wykonawcy, a nie innego podmiotu, na którego zasobach polega wykonawca celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Punkty jakie uzyskał Wykonawca M. W. TRANSPORT USŁUGOWY w kryterium „doświadczenie wykonawcy” były decydujące i Zamawiający dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Jak już zostało wskazane, wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów wyłącznie w celu

potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje przy tym, że w procedurach dwuetapowych np. przetargu ograniczonym zgodnie z nowelizacją ustawy pzp z dnia 14 grudnia 2016 r. wykonawcy nie mogą posługiwać się potencjałem podmiotów trzecich w celu uzyskania wyższej pozycji w rankingu ofert. Ustawodawca usunął z art. 25a ust. 3 ustawy pzp wyrażenie „kryterium selekcji” i otrzymał on brzmienie: „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 [..].” Ograniczenie takie ma na celu wyłonienie wykonawców, którzy będą najlepiej przygotowani do realizacji zamówienia. Kwalifikacja wykonawców jest etapem postępowania niezależnym od oceny spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, opartym na niedyskryminujących i obiektywnych kryteriach, które są pojęciem odrębnym od warunków udziału w postępowaniu, opisu sposobu oceny tych warunków, a także znaczenia tych warunków. Najlepszym doświadczeniem jest doświadczenie własne wykonawcy i nie można przy prekwalifikacji preferować doświadczenia obcego kosztem wykonawców legitymujących się własnym doświadczeniem. Regulacje dotyczące kryterium selekcji można w niniejszej sprawie zastosować per analogiam. Mając na względzie, iż niedopuszczalne jest punktowanie wykonawcy za doświadczenie innego podmiotu w świetle zarówno ustawy pzp jak i postanowień SIWZ, a także że nie jest możliwe uzupełnienie dokumentów składanych w celu przyznania punktów w kryterium oceny ofert Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie wskazanym w sentencji wyroku.

Na marginesie Izba zaznacza, że kryterium ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu dotyczy właściwości wykonawcy - doświadczenie wykonawcy. Izba odsyła w tym zakresie Zamawiającego do dyspozycji art. 91 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy oraz art. 91 ust. 2 ustawy pzp, w myśl którego Zamawiający może zastosować inne kryteria oceny ofert niż wymienione w tym przepisie ale odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Nie jest zatem dopuszczalne stosowanie podmiotowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy. Zastosowanie się do powyższego pozwoliłoby uniknąć sporu mającego miejsce w niniejszej sprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: