

Sygn. akt: KIO 1093/18

WYROK
z dnia 26 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Wrocław i MPWiK S.A. reprezentowane przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o.**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozie i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozie tytułem wpisu od odwołania**
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozie na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław i MPWiK S.A. reprezentowanych przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. kwotę 3 864 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów**

dojazdu na rozprawę.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław i MPWiK S.A. reprezentowane przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa Alei Wielkiej Wyspy we Wrocławiu*”, numer postępowania: ZP/19/PN/2017”. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2017 r. za numerem 2017/S 187-382041. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa 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 1 czerwca 2018 r. wobec wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Brzozie – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na: zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - dalej Konsorcjum BANIMEX lub Przystępujący, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu; zaniechaniu wezwania Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ oraz Wykazu osób oraz przyznania temu Wykonawcy zbyt dużej liczby punktów w kryterium doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ, w tym Wykazu osób, mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Przedstawicielem Wykonawcy posiadającym wymagane doświadczenie,

2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 22a ustawy pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum BANIMEX 4 pkt za doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej

mostowej w sytuacji gdy jest to potencjał udostępniony od podmiotu trzeciego, a zatem nie podlegający punktacji,

3. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 22a ust. 4 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty sprzecznej z ustawą, mimo że z treści oferty Konsorcjum BANIMEX wynika, że podmiot trzeci, który udostępnił Wykonawcy swój potencjał nie będzie wykonywał części przedmiotu zamówienia, do której doświadczenie było wymagane, a korzystać będzie w tym zakresie z dalszego podwykonawcy,

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2018 r.,
- 2) wezwania Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ, w tym Wykazu osób w zakresie doświadczenia Pana D.T.,
- 3) przyznania Konsorcjum BANIMEX w kryterium - doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej 0 pkt,
- 4) odrzucenia oferty Konsorcjum BANIMEX z uwagi na złożenie oferty sprzecznej z treścią ustawy, tj. art. 22a ust. 4 ustawy pzp.

Odwołujący zaznaczył, że odwołanie zostało wniesione w terminie, bowiem informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał w dniu 21 maja 2018 r.

Odwołujący wskazał na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp. Oferta złożona przez Odwołującego winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Jednakże z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BANIMEX z udziału w postępowaniu oraz z uwagi na przyznanie temu Wykonawcy punktów w kryterium doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej, Odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. W wyniku powyższego Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący wskazał nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania.

Odnośnie zarzutu 1 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 9.2.1 SIWZ wymagał wykazania, że wykonawca dysponuje osobą na stanowisko - Przedstawiciel Wykonawcy - (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadającą minimum 6-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi lub mostowymi lub zarządzaniu kontraktem drogowym lub mostowym w szczególności na stanowisku: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Kierownika Kontraktu (doświadczenie wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań), w tym podczas realizacji: 1) co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 500 m wraz z infrastrukturą towarzyszącą tj. co najmniej pięć spośród następujących branży: kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa, sieć elektroenergetyczna, oświetlenie drogowe, teletechniczna, sygnalizacja świetlna, ciepła, gazowa (każda z sieci o długości minimum 100 m) oraz 2) co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektu mostowego, przeznaczonego do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton i nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,5 t odpowiadającego klasie A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 70m.

Konsorcjum BANIMEX w treści JEDZ wskazało na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy Pana D.T., wymieniając jednocześnie 9 zadań, w których osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy. W ocenie Odwołującego przedstawione doświadczenie nie potwierdza spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. W szczególności wskazał, że Zamawiający w przypadku pełnienia funkcji Kierownika Budowy wymagał aby doświadczenie to dotyczyło zarządzania kontraktem drogowym lub mostowym. W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw aby Zamawiający za kontrakt drogowy lub mostowy uważał następującego wskazane zadania: Zadanie nr 1: Budowa Jednostki Ratowniczo-Gaśniczej PSPS nr 2 w Tarnowie, Zadanie nr 2: Centrum Handlowe Lidl w Żywcu, ul. Komonieckiego, Zadanie nr 3: Budowa chodnika w Jeleśni wzdłuż D945.

Mając na uwadze powyższe, w tym zastrzeżenie Zamawiającego, że dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań wskazał, że Pan D.T. nie posiada wymaganego okresu doświadczenia, gdyż okres w zakresie zadań spełniających wymagania Zamawiającego wynosi jedynie 68 miesięcy przy wymaganych co najmniej 72 miesiącach. W ocenie Odwołującego, powyższe skutkować winno wezwaniem Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ, w tym złożonego Zamawiającemu Wykazu osób.

W zakresie zarzutu 2 odwołania zaznaczył, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 1 ustawy pzp 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. Tym samym w ocenie Odwołującego ustawodawca przewidział jedynie możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich na potrzeby spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na potrzeby uzyskania punktów w dodatkowych kryteriach oceny ofert.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią złożonej oferty Konsorcjum BANIMEX korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, tj. Firma Projektowa W. Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, w szczególności Pana P.W. - Projektanta w specjalności mostowej. Zaznaczył, że udostępniony potencjał pochodzi od spółki, która posiada osobowość prawną.

Odwołujący wskazał następnie, że przepisy ustawy dopuszczają jedynie możliwość korzystania z potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu („w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”). Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw w ocenie Odwołującego aby Zamawiający dokonując w zakresie kryterium „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej” punktował potencjał podmiotu trzeciego.

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy pzp 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.

Jednocześnie podkreślił, że w pkt. 9.1.3 SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedną usługą, której przedmiotem było wykonanie co najmniej jednego opracowania zawierającego projekt budowlany i wykonawczy którego przedmiotem była budowa co najmniej jednego obiektu mostowego przeznaczonego do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton i nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,51 odpowiadający klasie A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 70m. Jednocześnie w pkt. 9.1.4 SIWZ Zamawiający

wymagał wykazania się w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedną usługą, której przedmiotem było wykonanie co najmniej jednego projektu budowlanego i wykonawczego budowy lub przebudowy ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 500 m wraz z infrastrukturą towarzyszącą tj. co najmniej pięć spośród następujących sieci: kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa, sieć elektroenergetyczna, oświetlenie drogowe, teletechniczna, sygnalizacja świetlna, ciepła, gazowa (przy czym Wykonawca był zobowiązany był wskazać, które sieci z ww. były projektowane).

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Konsorcjum BANIMEX skorzystało z potencjału podmiotu trzeciego, tj. Firma Projektowa W. Sp. z o.o., który zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy pzp zobowiązany jest w toku wykonania przedmiotu zamówienia do realizacji tej części przedmiotu zamówienia, co do której udostępnił swój potencjał. Odwołujący wskazał, że z treści JEDZ ww. podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie zamierza samodzielnie wykonywać niezbędnej części umowy, zgodnie z treścią art. 22a ust. 4, a korzystać będzie z dalszego podwykonawcy - tj. BIPROGEO-PROJEKT Sp. z o.o., co jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy. Jednocześnie zaznaczył, że przy ocenie powyższego zarzutu nie mogą mieć znaczenia wyjaśnienia Konsorcjum BANIMEX z dnia 19 marca 2018 r., w których wykonawca zmierza do zmiany treści złożonej oferty w sposób naruszający art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 96/14: „Nieuprawnione jest w świetle art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dokonywanie zmiany w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty.”

Z uwagi na treść złożonej przez Konsorcjum BANIMEX oferty w ocenie Odwołującego jest ona sprzeczna z treścią ustawy, tj. art. 22a ust. 4 ustawy pzp, a oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy pzp.

W dniu 21 czerwca 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwołujący złożył pismo procesowe i w zakresie zarzutu 2 odwołania wskazał na treść art. 63 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym możliwe jest poleganie na zdolności innych podmiotów jedynie w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4. Artykuł 58 ww. Dyrektywy odnosi się tylko i wyłącznie do kryteriów kwalifikacji. Powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia

przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego” i stwierdził że Konsorcjum BANIMEX w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej polega na potencjale podmiotu trzeciego, tj. Firma Projektowa W. Sp. z o.o. Odnośnie zarzutu 3 odwołania wskazał, że z treści oferty złożonej przez Konsorcjum BANIMEX niewątpliwie podmiotem, który realnie wykonywał będzie usługi, których dotyczył warunek udziału w postępowaniu z pkt 9.1.3. SIWZ wykonywać będzie BIPROGEO-PROJEKT Sp. z o.o., co jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne w świetle art. 22a ust. 4 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2016 r., KIO 221/16 oraz z dnia 26 października 2016 r., KIO 1957/16, Podkreślił również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis art. 2 dyrektywy 2004/18/WE3 nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, zwłaszcza jeśli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki, o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawiania lub uzupełniania nie prowadzą do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty. Jednocześnie podkreślił, że w wyroku w sprawie Esaprojekt (C-387/14) podkreślono, iż wykonawca, który w celu potwierdzenia spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, w sytuacji ustalenia, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku nie będzie uprawniony do uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów podmiotów trzecich i tym samym powoływania się na zdolności podmiotów trzecich. Przez analogię wyrok ten winien mieć zastosowanie w niniejszej sprawie, gdzie Konsorcjum BANIMEX dąży do zmiany treści złożonej oferty poprzez wskazanie, że usługi, co do których Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, wykonywać będzie Firma Projektowa W. Sp. z o.o., a nie, tak jak wynika ze złożonej oferty BIPROGEO-PROJEKT Sp. z o.o.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania w dniu 21 czerwca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Zamawiający oświadczył, iż zarzuty przedstawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, wobec tego brak jest podstaw do uwzględnienia żądań zgłoszonych przez Odwołującego.

Odnośnie zarzutu 1 odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony wyłącza z listy zadań spełniających postawione przez Zamawiającego parametry doświadczenia wymaganego od Przedstawiciela Wykonawcy zadanie oznaczone przez Konsorcjum BANIMEX w treści JEDZ jako: 3. Zadanie: Budowa

chodnika w Jeleśni wzdłuż D945. Funkcja: kierownik budowy. Termin realizacji: 09-2009 - 06.2010. W sformułowanym warunku udziału w postępowaniu opisanym w punkcie 9.2.1. IDW Zamawiający wymagał wskazania do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia Przedstawiciela Wykonawcy posiadającego minimum 6-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi lub mostowymi lub zarządzaniu kontraktem drogowym lub mostowym, w szczególności na stanowisku: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Kierownika Kontraktu, dopuszczając przy tym sumowanie doświadczenia z różnych zadań, tyle że z nienakładających się okresów.

Zadanie oznaczone jako „Budowa chodnika w Jeleśni wzdłuż D945”, jest kontraktem/zadaniem drogowym, obejmującym roboty drogowe, w ramach którego pan D.T. pełnił funkcję kierownika budowy — a zatem nabyte w trakcie jego realizacji doświadczenie musi być uwzględnione w obliczaniu wymaganego 6-letniego doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi. Pod pojęciem robót drogowych, czy kontraktów drogowych Zamawiający rozumie zadania dotyczące dróg i obejmujące roboty budowlane dotyczące dróg. Zamawiający w treści IDW po punkcie 9.2.11. zawarł wyjaśnienia dotyczące sformułowanych warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazując m.in. w lit i), że pojęcie „droga”, które pojawia się w treści sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w ustawie o drogach publicznych - art. 4 pkt 2 ustawy. Z kolei pojęcie robót budowlanych — budowy, przebudowy, remontu definiuje się zgodnie z przepisami Prawa budowlanego — lit. h).

W świetle zatem ww. ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985 r. pod pojęciem drogi rozumie się budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym (art. 4 pkt. 2). Jak z kolei stanowi art. 4 pkt 6 ww. ustawy chodnik stanowi część drogi przeznaczoną do ruchu pieszych. Skoro zatem chodnik jest częścią drogi, a wskazany w treści JEDZ pan D.T. pełnił funkcję kierownika budowy dla robót polegających na budowie chodnika w Jeleśni wzdłuż D945 to nabyte przez niego doświadczenie w ramach przedmiotowego Zadania jak najbardziej musiało zostać uwzględnione w ustalaniu wymaganego 6-letniego okresu doświadczenia wymaganego w ramach warunku, bowiem polegało na kierowaniu robotami drogowymi. Uwzględniając ww. Zadanie w sumowaniu doświadczenia wymaganego od Przedstawiciela Wykonawcy Pan D.T. posiada wymagany okres doświadczenia wynoszący 6 lat i 6 miesięcy (czyli 78 miesięcy), czyli o 6 miesięcy więcej aniżeli okres wymagany w warunku udziału: Zadanie 3 (Budowa chodnika w Jeleśni wzdłuż D945), realizacja: 09.2009 -

06.2010, Zadanie 4 (Przebudowa w systemie projektu i buduj DPnrK1702), realizacja: 04.2010 - 11.2011, Zadanie 5 (Przebudowa DP1677 Zubrzyca-Łętownia), realizacja: 04.2010 - 09.2012, Zadanie 6 (Rozbudowa mostu w ul. Mirowskiej nad rzeką Kucelinką), realizacja: 12.2014 - 08.2015, Zadanie 7 (Budowa kładki pieszo-rowerowej nad obwodnicą Północną), realizacja: 08.2014 - 12.2014, Zadanie 8 (Obwodnica Oświęcimia), realizacja: 02.2015 - 12.2017.

W ramach sumowania doświadczenia z ww. zadań, Zamawiający zastrzegł w IDW (lit. f wyjaśnienie zawartych po punkcie 9.2.11 IDW), że jeżeli w ramach różnych zadań nakładają się okresy, to Zamawiający uzna doświadczenie z nakładających się okresów ale wyłącznie dla jednego z zadań, a więc sumując okresy doświadczenia Zamawiający wskazał, że z ww. zadań należy przyjąć: 7 miesięcy z Zadania 3 tj. od 09.2009 do 03.2010, bowiem okres od 04.2010 r. do 06.2010 r. nakłada się z okresem realizacji Zadania 4 i 5. Jednocześnie z uwagi na to, że zadania 4 i 5 nakładają się na siebie w okresie pomiędzy: 04.2010 a 11.2011, to do sumowania przyjmujemy okres jednego z tych zadań tj. zadania nr 5 licząc od 04.2010 do 09.2012, czyli 30 miesięcy. Następnie do sumowania przyjmujemy cały okres zadania 7 w okresie 08.2014 do 12.2014 tj. 5 miesięcy. Dalej do sumowania przyjmujemy cały okres zadania 8 od 02.2015 do 12.2017 tj. 35 miesięcy. Ponadto w zakresie zadania 6 do sumowania należy przyjąć jeden miesiąc realizacji tj. styczeń 2015 r., bowiem w zakresie miesiąca grudnia 2014 r. okres realizacji pokrywa się z zadaniem 7, więc jest wyłączony, natomiast od lutego 2015 r. do sierpnia 2015 r. okres ten pokrywa się z okresem realizacji zadania 8, dlatego również podlega wyłączeniu. Podsumowując zatem doświadczenie z ww. zadań i nienakładających się okresów otrzymujemy następujący wynik: 7 miesięcy (zadanie 3) + 30 miesięcy (zadanie 5) + 5 miesięcy (zadanie 7) + 35 miesięcy (zadanie 8) + 1 miesiąc (zadanie 6), co daje łącznie 78 miesięcy. Skoro zatem Pan D.T. posiada wymagany okres doświadczenia — 78 miesięcy — tj. 6 lat i 6 miesięcy, podczas gdy warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 9.2.1. IDW wymagał okresu 6 lat, to zarzut Odwołującego pozostaje bezzasadny, czyniąc także nieuzasadnionym wyzwanie Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Zamawiający wskazał, że bezzasadny pozostaje zarzut Odwołującego, że w ramach kryterium oceny ofert opisanego w punkcie 24.2.7. IDW „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierii mostowej” wyznaczonego do uczestniczenia w realizacji zamówienia Zamawiający nie mógł przyznać punktów za doświadczenie personelu, jeżeli został udostępniony Wykonawcy przez podmiot. Po pierwsze, zakaz taki nie wynika z żadnego przepisu prawa, w tym nie sposób wywieść go z przywołanego przez Odwołującego przepisu art. 22a ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający zaznaczył, że w sprawie istotne bowiem znaczenie ma brzmienie przepisu art. 91 ust.2 pkt 5 ustawy pzp, w którym ustawodawca wprost wskazał, że kryterium oceny ofert może być doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W przepisie tym ustawodawca w żaden sposób nie zastrzegł, że chodzi wyłącznie o doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia z potencjału własnego Wykonawcy (tzw. bezpośrednio dysponowanie przez Wykonawcę). A contrario zatem, skoro ustawodawca nie wprowadził takiego ograniczenia, to w ramach kryterium oceniamy osoby wyznaczone do realizacji zamówienia bez względu na to, czy jest to potencjał, którym Wykonawca dysponuje bezpośrednio, czy osoba oddana Wykonawcy do dyspozycji przez podmiot trzeci.

Podkreślił, że zastosowanie tego kryterium służy ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ocenie wykonawcy, jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej. Na powyższe zwraca uwagę uzasadnienie do ustawy nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to nowela wprowadziła przedmiotowe kryterium oceny ofert. Chodzi zatem o to kto rzeczywiście będzie wykonywał usługi stanowiące przedmiot zamówienia, jeżeli może mieć to znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W przypadku zatem kryterium doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w przedmiotowym postępowaniu - Projektanta w specjalności inżynierii mostowej - całkowicie nieuzasadnionym i nielogicznym w ocenie Zamawiającego byłoby przyznanie punktów tylko wtedy, jeżeli taka osoba stanowi potencjał własny Wykonawcy, a nie przyznawanie ich wtedy, jeśli została udostępniona Wykonawcy przez podmiot trzeci, bowiem niezależnie od podstawy dysponowania ww. Projektant (legitymujący się konkretnym doświadczeniem) rzeczywiście uczestniczy w realizacji zamówienia. I taki rzeczywisty udział w realizacji zamówienia zapewnia dołączone do oferty Konsorcjum BANIMEX zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. Firmy Projektowej W. sp. z o.o. o udostępnieniu zasobów, w tym Pana P.W. - Projektanta w specjalności inżynierii mostowej, skoro podmiot udostępniający będzie podwykonawcą Konsorcjum BANIMEX w zakresie prac projektowych przez cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający zaznaczył, że nie ma żadnych obaw związanych z tzw. „handelmem referencjami” (co głównie mogło mieć znaczenie przed ww. nowelizacją, a co aktualnie eliminuje brzmienie art. 22a ust. 4 ustawy pzp), bo nie chodzi o doświadczenie Wykonawcy, lecz personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia, który niezależnie od podstawy dysponowania (dysponowanie bezpośrednio/dysponowanie pośrednie) rzeczywiście uczestniczy w realizacji usług.

W przypadku zatem wyżej opisanego kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia od Zamawiającego oczekuje się zapewnienia za pomocą odpowiednich postanowień umownych, by zastąpienie tego personelu odbywało się wyłącznie za zgodą Zamawiającego. W zapisach Kontraktu — klauzula 6.9 Warunków Szczególnych Kontraktu (wzór umowy — załącznik do SIWZ) Zamawiający wprost zastrzegł, że zmiana Projektanta w specjalności inżynierii mostowej możliwa jest jedynie na osobę, której doświadczenie w zakresie ocenianym w ofercie Wykonawcy (w ramach kryterium oceny ofert) jest co najmniej takie samo lub wyższe jak osoby wskazanej przez Wykonawcę w Ofercie i zmiana taka wymaga uprzedniej zgody Zamawiającego, pod rygorem naliczenia Wykonawcy m.in. kary umownej w wysokości 7 tys. za każdy dzień pełnienia funkcji przez zmienionego Projektanta, bez względu na przyczynę zmiany i brak zawinienia po stronie Wykonawcy (klauzula 8.7 pkt. 14 Warunków Szczególnych Kontraktu — wzór umowy, stanowiący załącznik do siwz).

Po drugie: wykazując bezzasadność zarzutu Odwołującego Zamawiający zwrócił uwagę, że powoływany przez niego przepis art. 22a ustawy pzp, w ustępie 4, wprost wskazuje na obowiązek realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jeżeli taki podmiot udostępnia zasoby, które pozwalają na spełnienie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. W konsekwencji, skoro w ramach kryterium opisanego w pkt. 24.2.7 IDW „doświadczenie Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej wyznaczonego do realizacji zamówienia” Zamawiający ocenia doświadczenie osoby spełniającej jednocześnie warunek udziału, o którym mowa w pkt. 9.2.6. IDW, (tyle że dla spełnienia warunku wystarczy wykonanie jednej dokumentacji o parametrach opisanych przez Zamawiającego, a dla otrzymania punktów w ramach kryterium odpowiednio większej ilości dokumentacji), a podmiot trzeci udostępniający Wykonawcy ww. Projektanta w sposób realny i rzeczywisty musi realizować zamówienia, to nie punktowanie w ramach kryterium doświadczenia takiego Projektanta byłoby pozbawione sensu. Doświadczenie takiego Projektanta jest bowiem faktycznie wykorzystywane przez Wykonawcę w realizacji zamówienia, a to przecież stanowi istotę kryterium doświadczenia personelu.

Po trzecie: uznanie za słuszny zarzutu Odwołującego i punktowanie, jak chciałby Odwołujący, w ramach kryterium doświadczenia jedynie doświadczenia personelu, którym dysponuje bezpośrednio Wykonawca, prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczania konkurencji, ograniczenia podwykonawstwa, a jednocześnie wypaczałoby sens i cel wprowadzenia przez ustawodawcę kryterium doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia. Bezpośrednie dysponowanie oznacza, że albo Wykonawca zatrudnia

Projektanta w specjalności inżynierii mostowej, albo bezpośrednio z taką osobą Wykonawca nawiązuje stosunek prawny, na podstawie którego taki konkretnie Projektant zobowiązuje się wykonywać określone usługi na rzecz Wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że w niniejszym przypadku chodzi o dużej skali przedsięwzięcie budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych. W zasadzie żadna firma budowlana nie prowadzi jednocześnie działalności projektowej, nie posiada własnych jednostek projektowych. Innymi słowy nie zatrudnia projektantów. Notabene również Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, stosowanie do przepisu art. 29 ust. 3a pzp nie wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę Projektanta w specjalności inżynierii mostowej (załącznik nr 30 do PFU). Zapewnienie bezpośredniego dysponowania w ww. sposób jest nierealne. Utrudnione byłoby także nawiązywanie przez Wykonawcę bezpośredniego stosunku prawnego z projektantem — tzw. druga forma bezpośredniego dysponowania. W niniejszym postępowaniu chodzi o duże zadanie, obejmujące wykonanie wielobranżowego projektu. A zatem usług projektowych z różnych branż, wzajemnie skoordynowanych ze sobą, których realizacja polega na przygotowaniu kompleksowego projektu, co wymusza zlecenie ich Biuru Projektowemu skupiającemu projektantów z różnych branż, zdolnych do wykonania kompleksowego projektu — nie zaś indywidualnym projektantom.

Tym samym punktowanie w ramach kryterium „doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” jedynie personelu własnego Wykonawcy wypaczałoby sens posługiwania się takim kryterium, jak również ograniczałoby podwykonawstwo.

Wreszcie po czwarte, Zamawiający podkreślił, że opisał kryterium „doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej” w pkt. 24.2.7. IDW. W opisie tym Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że nie będzie punktował w ramach opisanego kryterium doświadczenia ww. Projektanta w przypadku gdy nie stanowi potencjału własnego Wykonawcy lecz został oddany do dyspozycji przez podmiot trzeci. Tym samym zarzut Odwołującego jest spóźniony, bowiem powinien być przedmiotem odwołania do zapisów SIWZ.

W zakresie zarzutu 3 odwołania Zamawiający podkreślił, że oferta Konsorcjum BANIMEX nie jest sprzeczna z ustawą, skoro formularz ofertowy Konsorcjum BANIMEX i zawarta w nim treść, obejmująca zobowiązanie Wykonawcy do zgodnego z żądaniem Zamawiającego wykonania zamówienia wraz z dokumentami przedmiotowymi, dookreślającymi zobowiązanie Wykonawcy (te elementy tworzą ofertę) w żaden sposób nie naruszają ustawy.

Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony próbuje powiązać przesłankę odrzucenia z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia (JEDZ) dotyczącym podmiotu trzeciego. Tymczasem jak wynika z art. 25a ustawy pzp JEDZ stanowi wstępne potwierdzenie Wykonawcy oraz podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołuje się Wykonawca, że Wykonawca oraz podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ww. oświadczenia, składane w formie JEDZ, nie stanowią treści oferty. Przede wszystkim jednak zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, jeżeli budzą jakieś wątpliwości, nie zostały złożone, są niekompletne, zawierają błędy, to Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Wykonawcy do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę. JEDZ stanowi więc poprawialny załącznik do oferty, co dyskwalifikuje zarzut Odwołującego.

Zamawiający zaznaczył, że w sposób prawidłowy wystąpił do Konsorcjum BANIMEX pismem z dnia 14 marca 2018 r. o wyjaśnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczącego podmiotu trzeciego tj. Firmy Projektowej W. sp. z o.o., z którego wynikało, że podmiot trzeci zamierza zlecić dalsze podwykonawstwo części zamówienia BIPROGEO PROJEKT sp. z o.o. Zważywszy, że w załączonym do oferty Konsorcjum BANIMEX zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, takie treści nie wynikają, a Firma Projektowa W. udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia Konsorcjum BANIMEX i będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Z kolei Konsorcjum BANIMEX w sposób jak najbardziej zgody w prawem udzieliło wyjaśnień w piśmie z dnia 19 marca 2018 r., wskazując na oczywistą omyłkę w dokumencie JEDZ firmy W., jednocześnie przedkładając skorygowany JEDZ ww. podmiotu trzeciego. Przedmiotowe działanie Konsorcjum BANIMEX czyni zatem zadość przepisowi art. 26 ust. 3 i 4 pzp i nie stanowi żadnej zmiany treści oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie. W dniu 21 czerwca 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania złożyli pismo procesowe, w którym przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił również przystąpienie wykonawca BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania nikt się nie stawił pomimo prawidłowego powiadomienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz przez wykonawcę BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odpowiednio na korzyść Zamawiającego i Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wyżej wskazanych Wykonawców w charakterze uczestników postępowania.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę Przystępującego Konsorcjum BANIMEX, wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego Konsorcjum BANIMEX w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp z dnia 13 marca 2018 r., odpowiedź Przystępującego Konsorcjum BANIMEX na ww. wezwanie z dnia 19 marca 2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 maja 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpień, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego Konsorcjum BANIMEX wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum BANIMEX do uzupełnienia JEDZ, w tym Wykazu osób, mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Przedstawicielem Wykonawcy posiadającym wymagane doświadczenie.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ustalono, że w pkt 9.2.1. IDW SIWZ Zamawiający postawił warunek dysponowania osobami wyznaczonymi do realizacji zamówienia tj. m.in. *Przedstawiciel Wykonawcy - (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający minimum 6-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi lub mostowymi lub zarządzaniu kontraktem drogowym lub mostowym w szczególności na stanowisku: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Kierownika Kontraktu (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań), w tym podczas realizacji: 1) co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę ulicy klasy co najmniej Z o długości co najmniej 500 m wraz z infrastrukturą towarzyszącą tj. co najmniej pięć spośród następujących branży: kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa, sieć wodociągowa, sieć elektroenergetyczną oświetlenie drogowe, teletechniczna, sygnalizacja świetlna, ciepłą gazowa (każda z sieci o długości minimum 100m) oraz 2) co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektu mostowego, przeznaczonego do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton i nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,5 t odpowiadającego klasie A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 70m.*

Ponadto, Zamawiający w pkt 9.2.11 lit. f IDW SIWZ określił, że: *w przypadku wskazania dla osób, o których mowa w pkt. 9.2.1-9.2.5 powyżej doświadczenia (od miesiąc-rok do miesiąc-rok) zdobytego podczas realizacji w tym samym czasie (w tym samym okresie kalendarzowym) kilku zadań, Zamawiający podczas oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu uzna doświadczenie tych osób - z okresów nakładających się ale wyłącznie*

dla jednego z ww. zadań tj. w powyższym przypadku Zamawiający nie będzie wliczał kilkakrotnie tego samego okresu kalendarzowego do obliczenia lat doświadczenia.

W pkt 9.2.11. lit h i i IDW SIWZ wyjaśniono, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „droga”, „budowa/przebudowa/remont” i tak wskazano: *h) pojęcia: „budowa”, „przebudowa”, „remont” o których mowa w powyżej są rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt. 6, 7aJ 8 ustawy Prawo budowlane (t.j. 2017, poz. 1332); i) pojęcie „droga”, o którym mowa w powyżej jest rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 2) ustawy o drogach publicznych (taj. Dz.U. 2016, poz. 1140 ze zm.).*

Ustalono również, że Przystępujący w dokumencie JEDZ w odniesieniu do wyżej wskazanego warunku wykazał, iż będzie dysponował osobą *Pana D.T.*, z następującym doświadczeniem: *6 lat na stanowisku Kierownika budowy na zadaniach: Zadanie nr 1 (Budowa Jednostki Ratowniczo-Gaśniczej PSPS nr 2 w Tarnowie), realizacja: 08.2004 - 08.2006, Zadanie nr 2 (Centrum Handlowe Lidl w Żywcu, ul. Komoniewskiego), realizacja: 05.2006 - 09.2006, Zadanie 3 (Budowa chodnika w Jeleśni wzdłuż D945), realizacja: 09.2009 - 06.2010, Zadanie 4 (Przebudowa w systemie projektu i buduj DPnrK1702 i K1704), realizacja: 04.2010 - 11.2011, Zadanie 5 (Przebudowa DP1677 Zubrzyca-Łętownia), realizacja: 04.2010 - 09.2012, Zadanie 6 (Rozbudowa mostu w ul. Mirowskiej nad rzeką Kucelinką wraz z rozbudową ul. Mirowskiej z odwodnieniem w Częstochowie), realizacja: 12.2014 - 08.2015, Zadanie 7 (Budowa kładki pieszo-rowerowej nad obwodnicą Północną Jaworzyna w miejscu wiaduktu w ciągu S6802 oraz budowa drogi dla rowerów w ciągu obwodnicy Północnej między ul. Św. Wojciecha a kładką pieszo-rowerową), realizacja: 08.2014 - 12.2014, Zadanie 8 (Obwodnica Oświęcimia [...]), realizacja: 02.2015 - 12.2017.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...].*

W myśl art. 4 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 222 z późn. zm.) *droga to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym, natomiast chodnik to część drogi przeznaczona do ruchu pieszych.*

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący kwestionował trzy pierwsze z wykonanych przez Przystępującego zadań i podkreślił, że pozostałe są niewystarczające dla wykazania 6-letniego doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy, aby uznać warunek udziału w postępowaniu za spełniony. Zamawiający natomiast doliczył do

wymaganego okresu realizację zadania nr 3, a więc *Budowę chodnika w Jeleśni wzdłuż D945, realizacja: 09.2009 - 06.2010*, co powodowało, że 6-letni okres doświadczenia został wykazany. Przedmiotem sporu była więc kwestia, czy budowa chodnika wzdłuż drogi stanowi „robotę drogową”, o której mowa w warunku.

W tym zakresie postanowienia IDW SIWZ nie wyjaśniają pojęcia „robót drogowych”, a jedynie wskazują na definicję „drogi” zawartą w ustawie o drogach publicznych. Mając na względzie powyższe wykonawcy analizując możliwość spełnienia przez określone zadania warunku udziału w postępowaniu powinni byli kierować się tą definicją. W pozostałym zakresie pojęcie to mogło być rozumiane szeroko. Na obecnym etapie postępowania nieuprawnionym byłaby zawężająca interpretacja warunku. W ocenie Izby w świetle definicji „chodnika” wynikającej z ustawy o drogach publicznych nie ulega wątpliwości, że kierowanie jego budową, jako kierowanie elementem drogi powinno zostać uznane za spełniające warunek *kierowania robotami drogowymi*.

Co więcej, na rozprawie Przystępujący przedstawił informacje uzyskane od Gminy Jeleśnia, że sporna inwestycja obejmowała *budowę chodnika* ale również *przebudowę zjazdów indywidualnych oraz poprawę odwodnienia wzdłuż drogi wojewódzkiej nr 945*. Do pisma dołączono przedmiary robót, projekt wykonawczy oraz opis techniczny. W projekcie wykonawczym wskazano: „część drogową sprawdził”. Przedłożone Izbie dokumenty potwierdzają, że wykazane zadanie obejmowało roboty drogowe. Jednocześnie zaznaczenia wymaga, że za wystarczające uznać należało oświadczenie zawarte w wykazie osób w formularzu JEDZ i tak też postąpił Zamawiający. Zamawiający nie miał wątpliwości w świetle zapisów SIWZ oraz ustawy o drogach publicznych, że zadanie obejmujące budowę chodnika kwalifikuje się jako robota drogowa. Podkreślić należy, że Odwołujący nie negował, że zaliczenie tego zadania do pozostałych powoduje jednocześnie spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego było prawidłowe, a Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. W tym zakresie za niezasadne należało również uznać żądanie wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu osób.

Za chybiony Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 22a ustawy pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum BANIMEX 4 pkt za doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej w sytuacji gdy jest to potencjał udostępniony od podmiotu trzeciego, a zatem nie podlegający punktacji.

Odnośnie powyższego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 24.2.7. ustalił następujące kryterium: *W przypadku kryterium pn. Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko „Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej” wyznaczonego do uczestniczenia w realizacji zamówienia [...] zobowiązany jest do wskazania w Formularzu ofertowym w pkt 4.8. wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełniania zarówno warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2.6. IDW jak i kryterium oceny ofert [...], tzn. imienia i nazwiska wskazanej osoby, zakresu posiadanych uprawnień oraz doświadczenia tj. pełnionej funkcji nazwy i przedmiotu zadania wraz z podaniem wszystkich informacji wskazanych w tabeli poniżej, a także podstawy dysponowania ww. osobą. (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać: nazwę zadania, określić czy dotyczyło wykonania PB i PW budowy obiektu mostowego, wskazać czy jest on przeznaczony do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton, wskazać czy jest on przeznaczony do ruchu pojazdów o nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,5t., wskazać klasę obciążenia oraz rozpiętość teoretyczną przęsła). [...] Projektant w specjalności inżynierskiej mostowej (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej 2 dokumentacje projektowe w zakresie: projektu budowlanego i wykonawczego których przedmiotem była budowa co najmniej jednego obiektu mostowego przeznaczonego do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton i nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,5 t odpowiadający klasie A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 70m - 2 pkt; Projektant w specjalności Inżynierskiej mostowej (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający doświadczenie polegające na opracowaniu jako projektant co najmniej 5 dokumentacji projektowych w zakresie: projektu budowlanego i wykonawczego których przedmiotem była budowa co najmniej jednego obiektu mostowego przeznaczonego do ruchu pojazdów o masie całkowitej co najmniej 50 ton i nacisku pojedynczej osi napędowej co najmniej 11,5 t odpowiadający klasie A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 70m - 4 pkt. [...] Zamawiający wezwie działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Wykonawcę do uzupełnienia informacji zawartych w Formularzu ofertowym sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 1 do niniejszej IDW tylko w zakresie niezbędnym w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.6. IDW. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za uzupełnione przez Wykonawcę informacje nt. ww. osoby. [...] Zamawiający informuje, że w przypadku wskazania na stanowisko Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej więcej niż jednej osoby w celu oceny kryterium (D) Zamawiający weźmie pod uwagę i będzie oceniał doświadczenie jednej osoby, która spełnia warunek o którym mowa w pkt. 9.2.6. IDW oraz w jak największym stopniu spełnia wymagania ww. kryterium.*

W formularzu ofertowym Przystępujący na stanowisko „Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej” wskazał *Pana P.W.*, a jako podstawę dysponowania - *udostępnienie przez podmiot trzeci: Firmę Projektową W. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.*

Ustalono, że do oferty dołączono formularz JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego - Firmy Projektowej W. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - do udostępnienia Przystępującemu w formie podwykonawstwa m.in. osoby Pana P.W. przy pracach projektowych na cały okres realizacji zamówienia. Jednocześnie podmiot ten zobowiązał się, że zrealizuje usługi w zakresie których wymagane zdolności dotyczą.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 maja 2018 r. Przystępujący uzyskał 4 pkt w kryterium Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko „Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej”.

Wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionował ilości przyznanych punktów pod względem wykazanego doświadczenia Pana P.W., a jedynie w zakresie możliwości w ogóle polegania na zasobach podmiotu trzeciego celem przyznania punktów w kryterium, co w jego ocenie jest niedopuszczalne, a Wykonawca powinien otrzymać 0 pkt.

Zgodnie z 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.

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy pzp: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do pytania czy Zamawiający powinien punktować potencjał podmiotów trzecich w kryteriach oceny ofert.

Odnosząc się do przepisów ustawy pzp wskazać należy, że w art. 22a ustawy pzp w istocie mowa o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego *w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu*. Argumentacja Odwoływającego bazowała głównie na brzmieniu tego przepisu. Odwoływający wywiódł, że ustawa pzp nie przewiduje możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania większej ilości punktów w kryteriach oceny ofert, tym samym Zamawiający naruszył art. 22a ustawy pzp. Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na umiejscowienie przepisu art. 22a w ustawie pzp - DZIAŁ II Postępowanie o udzielenie zamówienia Rozdział 1 Zamawiający i wykonawcy - w części regulującej warunki udziału w postępowaniu, a więc strony podmiotowej wykonawcy. Kwestie dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również kryteria oceny ofert to Rozdział 4 ustawy pzp. Artykuł 91 ust. 2 ustawy pzp wskazuje katalog kryteriów oceny ofert, w tym pkt 5 *organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*. W ocenie Izby przepisy krajowe nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Ustawa pzp wskazuje na *osoby wyznaczone do realizacji zamówienia* nie rozstrzygając czy mają to być osoby wyłącznie jako zasób własny wykonawcy czy mogą być również zasobem udostępnionym przez podmiot trzeci.

Niemniej jednak 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.

Przechodząc zatem do analizy postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu zauważyć należy, że jakkolwiek Zamawiający nie określił wprost, że będzie punktował również zasoby podmiotu trzeciego, to sposób sformułowania zasad umieszczania przez wykonawców informacji stanowiących podstawę przyznania odpowiedniej ilości punktów na takie określenie wskazuje. Zamawiający zrównał niejako informacje w ramach warunków udziału w postępowaniu jak i dotyczące kryterium oceny ofert, z zaznaczeniem że dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia będzie punktowane. Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że będzie punktował wyłącznie doświadczenie osób stanowiących zasób własny wykonawcy. Tym samym Zamawiający nie wykluczył polegania na zasobach podmiotu trzeciego w kryteriach oceny ofert, a co istotne Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w ustawowym terminie na etapie ogłoszonego postępowania względem tak sformułowanych postanowień SIWZ.

Co więcej, jak słusznie podnosił Zamawiający kwestionowane punkty jakie zostały przyznane Przystępującemu dotyczyły kryterium oceny ofert - *organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*. Osoby wyznaczone do realizacji zamówienia to osoby, które faktycznie zamówienie zrealizują. Jednocześnie 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. Po pierwsze Zamawiający zrównał niejako w SIWZ warunek udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert - wykazywane były te same osoby ale jeśli posiadały większe doświadczenie wykonawca uzyskiwał punkty. Po drugie, wskazuje na to sam sposób sformułowania przez ustawodawcę tego kryterium - *osoby wyznaczone do realizacji zamówienia*. Bez znaczenia dla uzyskania lepszej jakości wykonania zamówienia pozostaje zatem podstawa dysponowania daną osobą - czy jest to

dysponowanie bezpośrednio (zasób własny wykonawcy) czy dysponowanie pośrednio (zasób podmiotu trzeciego). Z treści załączonego do oferty zobowiązania wynika, że osoba wyznaczona na stanowisko „Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej” będzie faktycznie realizowała zamówienie. Izba podziela argumentację Zamawiającego, że kwestia ta ma doniosłe znaczenie przy postępowaniach w formie „projektuj i buduj”. Większość firm budowlanych nie posiada osób z doświadczeniem w wykonywaniu wielobranżowego projektu. Korzystnym zatem dla podniesienia jakości wykonania zamówienia jest ustalenie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia dopuszczając jednocześnie zasoby podmiotu trzeciego, który dysponuje osobami wykwalifikowanymi w zakresie projektowania.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył ustawy pzp przyznając Przystępującemu punkty w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko „Projektanta w specjalności inżynierskiej mostowej”.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 22a ust. 4 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty sprzecznej z ustawą, mimo że z treści oferty Konsorcjum BANIMEX wynika, że podmiot trzeci, który udostępnił Wykonawcy swój potencjał nie będzie wykonywał części przedmiotu zamówienia, do której doświadczenie było wymagane, a korzystać będzie w tym zakresie z dalszego podwykonawcy.

W zakresie powyższego zarzutu celem uzupełnienia ustaleń faktycznych ponad wskazane w odniesieniu do 2 zarzutu odwołania wskazać należy, że w pkt 11.1.1. IDW SIWZ Zamawiający wskazał, że: *W przypadku gdy Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu trzeciego Zamawiający zgodnie z art 22a ust. 3 ustawy PZP ocenia, czy udostępniane Wykonawcy na podstawie art. 22a ust. 1 i 2 ustawy PZP przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 ustawy PZP. Wykonawca, który bierze udział w postępowaniu i polega na zdolności innego lub innych podmiotów składa własny Jednolity Europejski Dokument Zamówienia podpisany przez siebie oraz odrębny Jednolity Europejski Dokument Zamówienia odnoszący się do każdego z podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega i podpisany przez ten podmiot zawierający informacje: o których mowa w części II sekcja A i B oraz w części III (podstawy wykluczenia), a jeśli korzysta z zasobów podmiotu trzeciego (przy czym Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy PZP w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji*

zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane) - w części II sekcja A i B, w części III (podstawy wykluczenia) oraz w części IV (kryteria kwalifikacji w zakresie w jakim Wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego).

Z treści złożonego przez Wykonawcę zobowiązania wynika również, że Firma Projektowa W. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zobowiązała się do udostępnienia Przystępującemu następujących zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w formie podwykonawstwa: wiedzy i doświadczenia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu z pkt 9.1.3. i 9.1.4. IDW SIWZ oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie podmiot ten zobowiązał się, że zrealizuje usługi w zakresie których wymagane zdolności dotyczą.

Ustalono, że w formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby - Firmy Projektowej W. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zaznaczono, że Podmiot ten zamierza zlecić podwykonawstwo Firmie BIPROGERO-PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie jaką procentową część zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom, a także o wskazanie zakresu czynności i ich charakteru, jakie będą wykonywane przez Firmę BIPROGERO-PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W odpowiedzi z dnia 19 marca 2018 r. Przystępujący złożył uzupełniony JEDZ z informacją jaką procentową część zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom - 3% wartości zamówienia (pkt 10) Sekcja C zdolność techniczna lub zawodowa). Przedłożył również poprawiony JEDZ podmiotu trzeciego - Firmy projektowej W. Sp. z o.o. i wyjaśnił, że podmiot ten zgodnie ze złożonym zobowiązaniem, zrealizuje osobiście usługi, których udostępnienie dotyczy i nie zamierza zlecić części zamówienia podwykonawcom, a wcześniej podane informacje w JEDZ stanowiły oczywistą omyłkę.

Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie kwestionował zakresu udostępnionych zasobów, a jedynie realność ich udostępnienia. Odwołujący zarzucił, że zmiany dokonane w dokumentacji JEDZ Przystępującego stanowiły niedozwoloną zmianę treści oferty. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Po pierwsze, informację o dalszych podwykonawcach, jaka omyłkowo znalazła się w formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby traktować należy jako informację dotyczącą warunków udziału w postępowaniu, a nie jak sugerował Odwołujący jako element treści oferty. Artykuł 22a ustawy pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek badania realności udostępnianych zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w

postępowaniu. W tym zakresie Zamawiający może kierować do wykonawcy wezwania do wyjaśnień, może również w myśl art. 22a ust. 6 ustawy pzp: *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, żądać, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.*

Ponadto, w myśl art. 25a ust. 3 *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: 1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Słusznie zatem podnosił Zamawiający, że formularz JEDZ podmiotu trzeciego stanowi wstępne oświadczenie wykonawcy i jest dokumentem, który w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp można uzupełnić czy poprawić: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Formularz JEDZ podmiotu trzeciego to nic innego jak *oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (JEDZ składany w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu).*

Zamawiający zgodnie zatem z ustawą wyjaśnił rozbieżności wynikające ze złożonej przez Przystępującego oferty w ramach badania realności udostępnionych zasobów. Przystępujący złożył bowiem zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynikała realność udostępnionych zasobów - podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w zakresie w jakim

udostępnia zasoby. Niemniej z formularza JEDZ podmiotu trzeciego wynikało, iż część zamówienia zleci podwykonawcy. Przystępujący uczynił zadość wezwaniu i poprawił dokument JEDZ. Działanie takie nie stanowiło w ocenie Izby negocjacji w zakresie treści oferty, a dotyczyło badania realności udostępnianych zasobów celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i było działaniem uprawnionym, a wręcz wymaganym w świetle ustawy pzp.

Jakkolwiek złożona przez Przystępującego na rozprawie umowa o podwykonawstwo nie ma znaczenia w świetle wykonanych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, niemniej jednak potwierdza ona dodatkowo realność udostępnionych zasobów.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie oraz koszty dojazdu wynikające z przedstawionych biletów kolejowych w wysokości uwzględniającej przejazd w obie strony.

Przewodniczący: