

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INVEST HOUSE Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Poznaniu, ASD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Metrotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Etel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), przez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Metrotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Etel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Wojskowemu Zarządowi Infrastruktury w Poznaniu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności oceny ofert, w tym unieważnienie czynności przyznania ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Metrotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Etel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie nabyte” i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. odrzuca zarzut naruszenia art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. 2019, poz. 1145 ze zm.) w zw. art. 91 ust. 3 i 2 i art. 14 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, przez niezastosowanie i dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy;
3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
4. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Metrotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Eteł Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, i**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INVEST HOUSE Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Poznaniu, ASD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Metrotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, Eteł Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INVEST HOUSE Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Poznaniu, ASD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i modernizacja budynku koszarowego nr 5 w Śremie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 kwietnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INVEST HOUSE Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Poznaniu, ASD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez niego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. przez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego i przyznanie zbyt małej liczby punktów w kryterium: Doświadczenie nabyte - D.
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy P.z.p. przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum BUDLED Sp. z o.o., ELTEL Sp. z o.o.; METROTECH Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum), pomimo że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum, przez przyznanie punktów w ramach kryterium Doświadczenie nabyte, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia ww. kryterium.
- 3) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przez brak uzasadnienia faktycznego dla przyznanej w ramach kryteriów oceny ofert punktacji, tj. zasady przejrzystości i pisemności postępowania.
- 4) art. 8 ustawy P.z.p. przez naruszenie zasady jawności postępowania poprzez niepoinformowanie o przesłankach nieprzyznania maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenie nabyte.

Alternatywnie:

- 5) art. 58 K.c. w zw. art. 91 ust. 3, 91 ust. 2 i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. przez niezastosowanie i dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium dotyczącego właściwości

wykonawcy, które z uwagi na bezwzględną nieważność wynikającą z niezgodności z przepisami ustawy P.z.p. nie powinno być brane pod uwagę.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) przyznania ofercie odwołującego prawidłowej liczby punktów, obliczonej zgodnie z odwołaniem;
- 4) powtórzenie czynności związanych z badaniem i oceną oferty Konsorcjum i w konsekwencji uznanie, iż w ramach kryterium Doświadczenie nabyte oferta Konsorcjum winna uzyskać 0 punktów.

Alternatywnie

Dokonanie czynności badania i oceny ofert z pominięciem kryterium Doświadczenie nabyte.

- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu znajduje się na drugiej pozycji w rankingu punktacji przyznanej ofertom i posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający wskutek nieprawidłowej oceny ofert przyznał punkty w ramach kryterium oceny ofert w sposób niezgodny z przepisami, co powoduje, iż odwołujący utracił możliwość zawarcia umowy i realizacji zamówienia. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem może ponieść on szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia - zysku w kalkulowanym w cenę oraz referencji. Gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z ustawą, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą ofertę, co skutkowałooby udzieleniem odwołującemu zamówienia. W związku z powyższym odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, co wprost wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że istota sporu w niniejszej sprawie opiera się na ocenie prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na ocenie złożonych w postępowaniu ofert w ramach przyjętego kryterium.

Zamawiający w Rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. Za ofertę najkorzystniejszą postanowiono uznać ofertę zawierającą najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

- cena ofertowa brutto 60%
- okres gwarancji 20%
- doświadczenie nabyte 20%

W ramach kryterium doświadczenie nabyte zamawiający punktował odpowiednio: za wykonanie 1 roboty: 0 punktów, za wykonanie od 2 do 3 robót: 10 punktów, za wykonanie 4 i więcej robót: 20 punktów. Przez doświadczenie zamawiający rozumiał wykonane roboty w postaci realizacji budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000 000 zł w ciągu ostatnich 5 lat. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu doświadczenia wykonawcy z wyszczególnieniem: nazwy zamówienia i zamawiającego, terminu realizacji (rozpoczęcie/zakończenie), opisu zamówienia z podaniem informacji o zakresie wykonanych prac oraz wartości robót. W opisie kryterium w s.i.w.z. zamawiający nie wskazywał, jakie środki dowodowe należy przedłożyć na okoliczność wykazania doświadczenia, dopiero w załączniku nr 2 - wykazie doświadczenia, pod przygotowaną tabelą wskazano, że do wszystkich wymienionych zadań należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że „usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej ocena oferty odwołującego oraz braku uzasadnienia dla przyznanej punktacji, odwołujący podniósł, że wraz z ofertą, w załączniku nr 2 (str. 6 - 9 oferty) przedłożył wykaz wykonanych robót, w którym wskazał cztery realizacje:

- 1) modernizacja budynku sztabowego 1 na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Zaleskiego 2 w Szczecinie,
- 2) przebudowa budynku garażowego nr 40 na terenie JW. Nr SOI 8 w mieście Dziwnów,
- 3) modernizacja budynku technicznego nr 27 zlokalizowanego na terenie 8 bsap w Dziwnowie,
- 4) roboty budowlane polegające na przebudowie budynków nr 31, 38 oraz część pomieszczeń w budynku nr 33 zlokalizowanych na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Wojska Polskiego w Szczecinie.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie wykonania robót przedłożył stosowne dokumenty.

Odwołujący podniósł, że z informacji o wynikach postępowania ani również przesłanego przez zamawiającego protokołu postępowania nie wynika, w jaki sposób zamawiający dokonał oceny i co było powodem przyznania 10 punktów (jak za 2 - 3 roboty), a nie 20 punktów, pomimo wykazania realizacji 4 robót. Odwołujący podejrzewa, że

zamawiający mógł nie uznać roboty nr 4, ponieważ w wykazie wskazano, że jest ona wykonywana do chwili obecnej. Podniósł, iż już w wykazie wyjaśnili, a przedłożonymi na potwierdzenie należytej realizacji dokumentami wykazał, iż w zakresie wymaganym kryterium, zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak i wartości, robota została zrealizowana i punkty powinny zostać odwołującemu przyznane.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem roboty wykazanej w pozycji 4 wykazu była przebudowa budynków na terenie kompleksu wojskowego w Szczecinie. Prace w budynku nr 33 zostały prawidłowo ukończone i odebrane, co potwierdzają przedłożone protokoły odbioru, a więc zamawiający winien przyznać punkty również i za tę wykazaną robotę.

Odwołujący podkreślił że reguły przyjęte dla wykazywania warunku zdolności technicznej i zawodowej, dotyczące doświadczenia wykonawcy w wykonaniu robót budowlanych już ukończonych nie mogą mieć zastosowania do oceny realizacji w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ ustawa wprost zakazuje przyjmowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, nie można przyjmować, iż – tak jak w przypadku warunku doświadczenia i wykazu robót na jego potwierdzenie – zamawiający powinien punktować jedynie roboty ukończone. Takiej informacji nie zawierała s.i.w.z. ani również ogłoszenie o zamówieniu. Dopisek o dokumentach znalazł się dopiero w projekcie wykazu, który ma charakter pomocniczy i samodzielnie nie kształtuje uprawnień zamawiającego do rozszerzania wymagań wskazanych w s.i.w.z. lub ogłoszeniu. Takie działanie stoi również w sprzeczności z przejrzystością postępowania i powoduje nieporównywalność ofert na etapie ich badania.

Odwołujący stwierdził, że TSUE wskazuje, iż obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok ETS 324/14 z dnia 07.04.2016 r.).

W ocenie odwołującego, przejrzystość i pisemność postępowania została również naruszona przez zamawiającego poprzez brak uzasadnienia faktycznego w jaki sposób przyznawano punkty wykonawcom za wykazywane roboty. Zgodnie z orzecznictwem KIO, obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych czynnościach określony w art. 92 ust. 1 ustawy, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 zasady jawności postępowania o

udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (KIO 1114/16). Dodanie w art. 92 *in fine* sformułowania „uzasadnienie faktyczne i prawne” przesądza obowiązek zamawiającego co do uzasadniania dokonywanych przez niego czynności, a brak informacji o powodach przyznanej punktacji uniemożliwia wykonawcom dokonanie weryfikacji czynności zamawiającego, co z kolei powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu (KIO 1227, 1236/16). Zdaniem Izby, przekazanie informacji w postaci samego tabelarycznego zestawienia cyfr, nie jest żadną informacją, nie pozwala bowiem na stwierdzenie, dlaczego jedne oferty zostały wyżej ocenione niż inne (KIO 84/16).

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł o przyznanie pełnej puli 20 punktów w ramach kryterium doświadczenie nabyte.

Odnosząc się do zarzut nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum BUDLED Sp. z o.o., ELTEL Sp. z o.o., METROTECH Sp. z o.o., w ramach kryterium doświadczenie nabyte, odwołujący podniósł, że Konsorcjum wraz z ofertą, w załączniku nr 2 (str. 4-5 oferty) przedłożyło wykaz wykonanych robót, w którym wskazano realizacje, za które zamawiający przyznał maksymalną liczbę punktów możliwych do zdobycia w ramach kryterium — tj. 20 punktów.

Odwołujący wskazał, że żadna z wykazanych prac nie była realizowana przez Konsorcjum (ani również poszczególnych członków Konsorcjum), tylko przez podmiot wskazany w ofercie jako podmiot udostępniający zasób doświadczenia i podwykonawca: Zakład Usług Budowlanych R.Ł..

Odwołujący podniósł, że posiłkowanie się zasobami podmiotu trzeciego zostało w ustawie P.z.p. jednoznacznie określone w art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca może dysponować zasobami podmiotu trzeciego wyłącznie do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś do uzyskiwania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Uniemożliwienie wykazywania się zasobami podmiotu trzeciego odnosi się nie tylko do kryteriów oceny ofert, ale również i do kryteriów selekcji. W art. 25a w ust. 3 ustawy P.z.p. 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).

Odwołujący podniósł, że nawet sama nazwa kryterium: Doświadczenie nabyte oraz zdefiniowanie go jako doświadczenie wykonawcy, wskazuje, iż należało wykazać własne, nabyte doświadczenie. W bardzo zbliżonym stanie faktycznym wypowiedziała się Izba w wyroku 211/18: 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. 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. 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, 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 prekwalfikacji 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 P.z.p., jak i postanowień s.i.w.z.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie odwołującego, Konsorcjum winno uzyskać 0 punktów w kryterium doświadczenie nabyte.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 58 K.c. w zw. art. 91 ust. 3, 91 ust. 2 i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. przez niezastosowanie i dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy, które z uwagi na bezwzględną nieważność wynikającą z niezgodności z przepisami ustawy P.z.p. nie powinno być brane pod uwagę, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 58 K.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy. Jednakże, zgodnie z § 3, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części.

W ocenie odwołującego, ponad wszelką wątpliwość kryterium ustalone przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu dotyczy właściwości wykonawcy i jako takie stoi

w sprzeczności z art. 91 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz z art. 91 ust. 2, który nakazuje, aby kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia.

Co do zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy jest również zgodne orzecznictwo KIO. Opinie UZP również nie pozostawiają wątpliwości interpretacyjnych.

Odwołujący powołał się na opinię UZP, zgodnie z którą, zgodnie z art. 91 ust 2 ustawy P.z.p. określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Z powołanego art. 91 ust 3 ustawy P.z.p. wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy P.z.p. wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy P.z.p. stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum wykonawców: Budled Sp. z o.o., Metrotech Sp. z o.o., „Etel” Sp. z o.o. (dalej także: „przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2020 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. Zamawiający stwierdził, że postąpi zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i dokona oceny ofert bez uwzględnienia kryterium „Doświadczenie nabyte”.

Pismem z dnia 9 czerwca 2020 roku przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący:

- 1) podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania,

2) wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., przystępujący wskazał, że zamawiający na potrzeby niniejszego postępowania wprowadził 3 kryteria oceny ofert: cena ofertowa brutto (C) — 60%, okres gwarancji (G) - 20%, doświadczenie nabyte (D) - 20% (ust. IV.2.2. ogłoszenia o zamówieniu nr 634761-N-2018 z dnia 11.10.2018 r. oraz rozdz. XII ust. 2 s.i.w.z.). Jak wskazano w rozdz. XII pkt. 2 lit. c s.i.w.z. oraz w rozdz. IX pkt. 2 lit. c opublikowanego na stronie zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu - przez doświadczenie wykonawcy należy rozumieć ilości wykonanych robót w postaci realizacji budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000,0 tys. zł w ciągu ostatnich 5 lat. Maksymalna punktacja za to kryterium (20 pkt.) miała być przyznana w przypadku doświadczenia wykonawcy obejmującego realizację 4-ech i więcej robót. W przypadku wykazania 2-óch do 3-ech robót, punktacja była mniejsza i wynosiła 10 pkt. Natomiast wykazanie tylko jednej roboty skutkowało brakiem przyznania wykonawcy jakiegokolwiek punktacji (0 pkt.).

Przystępujący wskazał, że określone przez zamawiającego kryterium Doświadczenie nabyte „D” oceniane miało być na podstawie załącznika nr 2 do s.i.w.z. tj. wykazu doświadczenia wykonawców. Ponadto wymogiem postępowania było załączenie do ww. wykazu dokumentów potwierdzających wykonanie wskazanych w nim zadań zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie (informacja zawarta w uwagach w formularzu wykazu, stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z.: *UWAGA! Do wszystkich wymienionych zadań należy załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone*).

Przystępujący zauważył, że w taki sam sposób zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu związany ze zdolnością techniczną lub zawodową - rozdz. VI ust. 1 pkt. 2 lit. c ogłoszenia o zamówieniu: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się doświadczeniem w okresie ostatnich 5 lat minimum 1 roboty, stanowiącej realizację budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków o podobnej specyfice i zakresie, co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000 000,00 zł (każda). Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, zgodnie z rozdz. VII ust. 1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, mieli przedłożyć m.in. wykaz wykonanych zamówień, stanowiący załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu, *de facto* w analogicznym brzmieniu jak wykaz doświadczenia wykonawców, wymagany przez zamawiającego do oceny oferty w zakresie kryterium związanego z Doświadczeniem nabytym („D”), stanowiący załącznik nr 2 do s.i.w.z.

Przystępujący wskazał, że odwołującemu w kryterium Doświadczenie nabyte („D”) zamawiający nie przyznał maksymalnej ilości punktów ze względu na to, że jedna spośród 4-ech opisanych przez niego w wykazie doświadczenia pozycji nie spełniała wymogu kryterium, tj. nie została ukończona i jako taka nie mogła zostać przez zamawiającego uznana. W wykazie doświadczenia odwołujący wskazał bowiem, że prace związane z inwestycją realizowaną na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie (roboty budowlane polegające na przebudowie budynków nr 31, 38 oraz części pomieszczeń w budynku nr 33 zlokalizowanych na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Wojska Polskiego 250 w Szczecinie) są w toku na podstawie podpisanej umowy oraz późniejszych aneksów. A na dowód prawidłowego wykonania prac odwołujący przedstawił:

- Protokół odbioru końcowego robót budowlanych i przekazania obiektu administratorowi z dnia 2.06.2015 r. dot. zadania nr 16117 (zaprojektowanie i wykonania robót budowlanych obejmujących część pomieszczeń w budynku nr 33 na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Wojska Polskiego 250 w Szczecinie),
- Harmonogram Rzeczowo — Finansowy (formularz cenowy) dot. zaprojektowania i wykonania robót budowlanych dla zadania nr 16124 (przebudowa budynku sztabowego nr 31),
- oświadczenie Inwestora z dnia 4.10.2018 r.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący bezpodstawnie zarzuca w treści odwołania: „C..) nie można przyjmować, iż tak jak w przypadku warunku doświadczenia i wykazu robót na jego potwierdzenie, Zamawiający powinien punktować jedynie roboty ukończone. Takiej informacji nie zawierała SIWZ ani również ogłoszenie o zamówieniu. Dopisek o dokumentach znalazł się dopiero w projekcie wykazu, który ma charakter pomocniczy i samodzielnie nie kształtuje uprawnień Zamawiającego do rozszerzenia wymagań wskazanych w siwz i ogłoszeniu”.

W ocenie przystępującego, ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości sprecyzował wymóg, aby doświadczenie wykonawcy podlegające ocenie w ramach zastosowanego kryterium oceny ofert „D”, obejmowało wyłącznie ukończone inwestycje. Powyższe potwierdza nie tylko użyte w opisie kryterium sformułowanie „ilość wykonanych robót”, wskazujące na formę dokonaną czasu przeszłego, ale również sformułowanie zawarte w opisie dokumentów, wymaganych wraz z wykazem, w którym to opisie znajduje się informacja, aby dokumenty te potwierdzały, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający konsekwentnie używał więc formy czasu przeszłego dla podkreślenia, że nie będą uznawane inwestycje ostatecznie nie ukończone. Opis kryterium „D”, zawarty w treści s.i.w.z. i ogłoszenia, był na tyle klarowny, że nie pozostawiał wątpliwości co do wymaganego statusu robót (wykonanych, nie wykonywanych). Informacja o konieczności złożenia wykazu doświadczenia została oznaczona zarówno w treści s.i.w.z., jak i ogłoszenia pogrubioną

zcionką, podobnie jak zawarty w wykazie doświadczenia wymóg przedłożenia dodatkowych dokumentów, potwierdzających wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowe ich ukończenie.

Przystępujący stwierdził, że nie bez znaczenia również pozostaje fakt posłużenia się przez zamawiającego tymi samymi formularzami dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia wymogów związanych z kryterium oceny ofert („D”), przede wszystkim zaś postawienie przez zamawiającego tego samego wymogu przedłożenia dokumentów, potwierdzających prawidłowe wykonanie i ukończenie zawartych w wykazach robót. Oznaczało to, że zamawiający zarówno w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również w odniesieniu do kryterium oceny ofert „D” - będzie stosował jednolite zasady dot. oceny statusu robót objętych danym wykazem.

Przystępujący podniósł, że – wbrew stanowisku odwołującego – wykaz doświadczenia nie miał charakteru pomocniczego. Wykaz ten stanowił w niniejszym postępowaniu integralną część dokumentacji postępowania i merytoryczny element oferty (*sensu stricto*) i to w jednym z jej najistotniejszych elementów, bo w części podlegającej punktacji. Nieuprawnione jest zatem jakiegokolwiek deprecjonowanie znaczenia tego dokumentu w kontekście postawionych wymogów, jak również nieuprawniona jest interpretacja postanowień s.i.w.z. w oderwaniu od tego dokumentu. Przystępujący zauważył, że zarówno odwołujący, jak i przystępujący dokonali prawidłowej interpretacji dokumentacji postępowania, czyniąc zadość wymogom formalnym co do przedłożenia zarówno wykazu doświadczenia, jak również dodatkowych dokumentów, dotyczących objętych tym wykazem zadań. Zupełnie odrębną kwestią jest to, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty w zakresie jednego z tych zadań - nie spełniały wymogu kryterium „D”.

Przystępujący wskazał, że z informacji zawartych w dokumentach przedłożonych przez odwołującego (wykaz doświadczenia i załączone do wykazu dowody) jednoznacznie wynikało, że pozycja 4 w wykazie doświadczenia nie może otrzymać punktów z uwagi na brak spełnienia wymogów postawionych w kryterium „D” zarówno związanych ze statusem zadania (roboty w trakcie, nie zaś ukończone zgodnie z s.i.w.z.), jak i wymaganą przez zamawiającego wartością. Protokół odbioru prac na budynku nr 33 z dnia 2.06.2015 r. nie potwierdza wymaganej wartości prac zrealizowanych na obiekcie. Zgodnie z treścią protokołu, wartość brutto inwestycji według umowy wyniosła 1.254.086,11 zł, co powtórzone zostało w punkcie protokołu dotyczącym „wynagrodzenia wykonawcy za przedmiot odbioru”. Niewątpliwie wartość ta dalece odbiegała od wymaganej przez zamawiającego (powyżej 10.000.000,00 zł).

W ocenie przystępującego, nie mógł zostać uznany za dowód spełnienia wymogów związanych z kryterium „D” przedłożony przez odwołującego Harmonogram Rzeczowo Finansowy dot. prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych dla zadania związanego z przebudową budynku sztabowego nr 31. Harmonogram jest bowiem

dokumentem o charakterze planistycznym, dotyczącym przewidzianej organizacji prac, objętych przedmiotem zamówienia, nie zaś poświadczeniem należytego jego wykonania i ukończenia.

Z kolei oświadczenie Inwestora z dnia 4.10.2018 r. potwierdza jedynie, że roboty objęte kontraktem nr UW/0037/WB/2014 z dnia 3.09.2014 r. (wraz z późniejszymi aneksami) są realizowane (na bieżąco) zgodnie z umową oraz harmonogramem i do dnia wystawienia ww. oświadczenia nie zaistniały podstawy, które mogłyby skutkować odpowiedzialnością wykonawcy z gwarancji należytego wykonania kontraktu. Nie jest to w żaden sposób równoznaczne z poświadczeniem ze strony Inwestora prawidłowego ukończenia robót, objętych danym zadaniem inwestycyjnym.

Przystępujący wskazał, że wystąpił do Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie - w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej z zapytaniem dotyczącym ww. inwestycji realizowanej przez odwołującego w ramach umowy UW/0037/WB/2014. W odpowiedzi przystępujący otrzymał protokół z postępowania w trybie przetargu ograniczonego (nr sprawy 59/0B/RB/14) oraz pisemną informację, z której wynikało, że przedmiotowa inwestycja obejmowała 3 zadania: 16117, 16124 oraz 16126, z czego zadanie nr 16117 (bud. 33) zostało zakończone w dn. 21.05.2015 r., natomiast zadania: 16124 oraz 16126 (bud. nr 31 i 38) zostały zakończone dopiero 29.04.2019 r., a więc znacznie później niż otwarcie ofert w zaskarżonym przez odwołującego postępowaniu o udzielenie zamówienia, co nastąpiło w dniu 13.12.2018 r. Siłą rzeczy odwołujący nie mógł - dla uzyskania punktów w kryterium „D” - wskazywać doświadczenie związane z pracami na budynkach nr 31 i 38, skoro na dzień otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu zadania te nie były jeszcze zakończone. Z kolei zadanie nr 16117 (bud. nr 33) w sposób oczywisty nie spełnia wymogu kryterium związanego z wartością inwestycji.

W ocenie przystępującego, nie bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje to, że konsekwencją nadania wykazowi doświadczenia (wraz z wymaganymi do wykazu dowodami) statusu oferty (i to w najistotniejszym jej zakresie podlegającym ocenie merytorycznej w przyjętym kryterium „D”), jest brak możliwości uzupełniania ww. dokumentów, czy też ich doszczegółowienia. Potwierdza to orzecznictwo, np. wyrok KIO z dnia 14.02.2020 r. (sygn. KIO 177/20), wyrok KIO z dnia 4.05.2017 r. (sygn. KIO 177/20): wyrok z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10 Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający nie był uprawniony występować do odwołującego w toku oceny i badania ofert ani z wezwaniem o uzupełnienie dokumentów (wykazu doświadczenia lub dokumentów potwierdzających należyte ukończenie robót), ani też z wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty. Oferta odwołującego bowiem, w zakresie podlegającym ocenie w ramach zastosowanego kryterium „D”, była jednoznaczna w tym sensie, że w sposób jednoznaczny poz. 4 wykazu doświadczenia nie potwierdzała spełnienia

wymogu związanego z określonym statusem robót (roboty miały być ukończone, nie w trakcie) i ich wartością (powyżej 10 000 000 zł). Wobec powyższego, wystąpienie przez zamawiającego z jakimkolwiek wezwaniem o złożenie wyjaśnień treści oferty, stanowiłoby negocjowanie z odwołującym jej treści. Dlatego też brak przyznania punktacji odwołującemu w tej sytuacji było prawidłowym działaniem zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., przystępujący wskazał, że dla rozstrzygnięcia zasadności przedmiotowego zarzutu istotna pozostaje ocena, czy odwołujący autentycznie nie ma wiedzy co do tego, która z pozycji wykazu nie została przez zamawiającego uznana przy punktacji w zakresie kryterium „D”, czy też powołuje się na swoją niewiedzę dla pozorów. W ocenie przystępującego odwołujący musiał mieć pełną świadomość (i nadal ją ma, na co wskazuje treść złożonego odwołania) co do zakresu nieprawidłowości w złożonym przez siebie wykazie doświadczenia i znane są mu przyczyny braku przyznania ze strony zamawiającego maksymalnej ilości punktów w kryterium „D”, związane z robotami wskazanymi w pozycji nr 4 wykazu. Nie bez przyczyny bowiem odwołujący w rozwinięciu niniejszego zarzutu odnosi się w uzasadnieniu odwołania wyłącznie do zadania wskazanego w pozycji nr 4 wykazu doświadczenia, argumentując, że kontynuowanie robót w ramach ww. zadania nie wyklucza możliwości przyznania za nie punktów. Gdyby odwołujący w rzeczywistości pozostawał zdezorientowany co do tego, które pozycje w wykazie doświadczenia nie zostały przez zamawiającego punktowane, niewątpliwie w treści odwołania nie poprzestałby na przywoływaniu argumentów, przemawiających za koniecznością uznania przez zamawiającego punktów dla zadania zawartego w pozycji nr 4 wykazu, lecz z uzasadnionej ostrożności poszerzyłby tę argumentację o każdą z zamieszczonych pozycji. Tymczasem odwołujący nieprzypadkowo skupił się wyłącznie na jednej z nich – tj. pozycji nr 4, która *nota bene* była sporna już w toku oceny i badania ofert (pismo Przystępującego z dnia 27.01.2020 r.).

Przystępujący przywołał przepis art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. w brzmieniu: Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący stwierdził, że w okolicznościach niniejszego postępowania podnoszony zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. ani nie miał, ani też nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Skoro zatem odwołujący wiedział, co jest podstawą przyznania mu określonej ilości punktów w kryterium „D” i na tej bazie był w stanie przygotować szczegółowe i bardzo konkretne odwołanie, które nadaje się do merytorycznego rozstrzygnięcia, nie ma podstawy do uwzględnienia powyższego zarzutu. Nowa decyzja zamawiającego bowiem nie zmieni w żaden sposób sytuacji odwołującego.

Przystępujący wskazał, że zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady jawności postępowania poprzez niepoinformowanie o przesłankach nieprzyznania maksymalnej liczby

punktów w kryterium doświadczenie nabyte („D”) jest ściśle powiązany z zarzutem naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., w związku z powyższym przystępujący w zakresie przedmiotowego zarzutu naruszenia art. 8 ustawy P.z.p. podtrzymał wskazaną tam argumentacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, że przywołany przez odwołującego wyrok KIO 211/18 z dnia 20.02.2018 r. zapadł na gruncie innego stanu faktycznego. Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 26.06.2018 r. (KIO 1093/18), w którym to wyroku Izba w sposób zupełnie odmienny od stanowiska przedstawionego w wyroku z dnia 20.02.2018 r., odniosła się do możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego dla uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert związanym z doświadczeniem: W ocenie Izby przepisy krajowe nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Ustawa P.z.p. 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. 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 s.i.w.z., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, 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 s.i.w.z., 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 s.i.w.z.

Przystępujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający zrównał warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej opisany w ogłoszeniu o zamówieniu (rozdz. VI ust. 1 pkt. 2 lit. c) z kryterium oceny ofert związanym z Doświadczeniem

nabytym „D”, co szczegółowo przystępujący wykazał. Zamawiający sprecyzował bowiem te same wymogi w zakresie warunku udziału co w zakresie kryterium „D”. Co więcej - posłużył się nawet tym samym wzorem formularza dla wykazania doświadczenia podlegającego ocenie oraz dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający nie wykluczył w postępowaniu możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia wymogów związanych z pozacenowym kryterium „D” w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Brak takiego ograniczenia ze strony zamawiającego i zrównanie warunku udziału w postępowaniu z kryterium oceny ofert, podobnie jak w cytowanym wyżej orzeczeniu KIO 1093/18, powinno być podstawą uznania, że w niniejszym postępowaniu zamawiający słusznie przyznał punkty przystępującemu. Skoro bowiem przystępujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużył się zasobami podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., to może skutecznie posłużyć się zasobami tego samego podmiotu w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert „D” faktycznie zrównanego w postępowaniu z warunkiem udziału, zwłaszcza jeśli podmiot ten będzie faktycznie realizował zamówienie.

W ocenie przystępującego, nie bez znaczenia w sprawie pozostaje, że podmiot trzeci, udostępniający przystępującemu swoich zdolności na zasadach określonych w art. 22a ustawy P.z.p., będzie podwykonawcą realizowanego zamówienia, co zresztą pozostaje w zgodzie z wymogami przepisu art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. Zakładając zatem intencję zamawiającego co do przyznania większej ilości punktów w postępowaniu podmiotowi bardziej doświadczonemu, dającemu rękojmię lepszego wykonania zamówienia, stwierdzić należy, że posłużenie się w tym przypadku doświadczeniem podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, czyni zadość temu założeniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 58 K.c. w zw. z art. 91 ust. 3, 91 ust. 2 i art. 14 ust. 1, przystępujący podniósł, że zarzut ten jest spóźniony. Zarzut ten dotyczy bezpośrednio kryteriów oceny ofert dla tego postępowania wyartykułowanych w postanowieniach dokumentacji przetargowej. Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy P.z.p., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: C..) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Przystępujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.10.2018 r. Skoro żaden z uczestników postępowania nie zaskarżył treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zastosowania pozacenowego kryterium oceny ofert „D”, uznać należy, że wykonawcy

zaakceptowali przyjęte przez zamawiającego warunki postępowania i dostosowali się do nich - w tym również odwołujący.

Przystępujący zauważył również, że nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty z pominięciem kryterium „Doświadczenie nabyte („D”)” bez uprzedniego unieważnienia postępowania i dokonania odpowiedniej modyfikacji treści s.i.w.z. w tym zakresie. Pominięcie jednego z zastosowanych kryteriów oceny ofert na tym etapie oznaczałoby wprowadzenie zupełnie nowych warunków postępowania i dalsze procedowanie zamawiającego na zmienionych zasadach, które w sposób istotny wpływają na konkurencję. W ocenie przystępującego zastosowanie takiego mechanizmu stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad związanych z przeprowadzeniem postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości (art. 7 ust. 1). Nie ulega bowiem wątpliwości, że wiedza o zastosowanych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert ma istotny wpływ na sposób przygotowania oferty, jej skalkulowanie, rozłożenie ryzyk na poszczególne kryteria oceny ofert itp. Niewykluczone, że wiedza o ograniczeniu przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu kryteriów oceny ofert z trzech do dwóch (cena i okres gwarancji), skutkowałaby innym sposobem skalkulowania oferty przez każdego z wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Przystępujący podniósł, że z odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020 r. wynika, że do uwzględnienia odwołania przekonał zamawiającego zarzut alternatywny dot. zastosowania przez zamawiającego wadliwego kryterium oceny ofert, opartego na doświadczeniu wykonawcy („Wojskowy Zarząd Infrastruktury (..) uznał za zasadne, że reguły przyjęte dla wykazywania warunku zdolności technicznej i zawodowej, dotyczące doświadczenia wykonawcy w wykonaniu robót budowlanych, nie mogą mieć zastosowania do kryteriów oceny ofert”). Jednocześnie zamawiający zadeklarował, że postąpi zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i dokona oceny ofert bez uwzględnienia przedmiotowego kryterium. W ocenie przystępującego jest to niedopuszczalne ze względów wskazanych wyżej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i modernizacja budynku koszarowego nr 5 w Śremie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

Wartość postępowania nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Termin składania ofert – 13.12.2018 r.

Zamawiający w ust. IV.2.2. ogłoszenia o zamówieniu nr 634761-N-2018 z dnia 11.10.2018 r. oraz rozdz. XII ust. 2 s.i.w.z wprowadził 3 kryteria oceny ofert:

cena ofertowa brutto (C) — 60%,

okres gwarancji (G) - 20%, d

oświadczenie nabyte (D) - 20%

Zgodnie z rozdz. XII pkt. 2 lit. c s.i.w.z. oraz w rozdz. IX pkt. 2 lit. c ogłoszenia o zamówieniu, przez doświadczenie wykonawcy należy rozumieć ilości wykonanych robót w postaci realizacji budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000,0 tys. zł w ciągu ostatnich 5 lat. Maksymalna punktacja za to kryterium (20 pkt.) miała być przyznana w przypadku doświadczenia wykonawcy obejmującego realizację czterech i więcej robót. W przypadku wykazania dwóch do trzech robót, punktacja wynosiła 10 pkt. Natomiast wykazanie tylko jednej roboty skutkowało brakiem przyznania wykonawcy jakiegokolwiek punktacji (0 pkt.).

Określone przez zamawiającego kryterium Doświadczenie nabyte „D” oceniane miało być na podstawie załącznika nr 2 do s.i.w.z. tj. wykazu doświadczenia wykonawców. W treści załącznika nr 2 wskazano, że *Do wszystkich wymienionych zadań należy załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

Zgodnie z rozdz. VI ust. 1 pkt. 2 lit. c ogłoszenia o zamówieniu, odnoszącym się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się doświadczeniem w okresie ostatnich 5 lat minimum 1 roboty, stanowiącej realizację budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków o podobnej specyfice i zakresie, co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000 000,00 zł (każda).* Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, zgodnie z rozdz. VII ust. 1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, mieli przedłożyć m.in. wykaz wykonanych zamówień, stanowiący załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

- 1) oferta odwołującego – cena: 17 990 235,17 zł, okres gwarancji – 60 miesięcy,
- 2) oferta przystępującego – cena: 18 977 080,79 zł, okres gwarancji – 60 miesięcy,
- 3) oferta złożona przez PPUiH AGROBEX Sp. z o.o. w Poznaniu – cena: 22 440 143,48 zł, okres gwarancji – 60 miesięcy.

Zamawiający poinformował, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 16 738 184,40 zł brutto.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych robót, w których wskazał następujące realizacje:

- 1) modernizacja budynku sztabowego 1 na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Zaleskiego 2 w Szczecinie, termin realizacji: 06.06.2014-29.04.2016; przedmiot zamówienia: wykonanie prac modernizacyjnych polegających m. in. na pracach budowlanych związanych z izolowaniem fundamentów, uzupełnianiem ubytków w ścianach zewnętrznych, modernizacji i rewitalizacji ścian, posadzek i stropów wewnątrz budynku oraz na klatkach schodowych, wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji dachu wraz z kominem i obróbką blacharską, wykonaniu nowych przyłączy sanitarnych, CO i wodociągowych, wykonaniu nowego przyłącza elektrycznego, instalacji teletechnicznych w tyra SSWW, KD, SAP, CCTV, domofonowej, powiadamiania głosowego oraz wykonaniu instalacji teleinformatycznych. Wykonanie robót geodezyjnych oraz dokumentacji technicznej powykonawczej; wartość – powyżej 10 000 000 zł
- 2) przebudowa budynku garażowego nr 40 na terenie JW. Nr SOI 8 w mieście Dziwnów, termin: 26.02.2015-29.08.2017; przedmiot zamówienia: wykonanie prac modernizacyjnych polegających m. in. na pracach budowlanych związanych z izolowaniem fundamentów, uzupełnianiem ubytków w ścianach zewnętrznych, modernizacji i rewitalizacji ścian, posadzek i stropów wewnątrz budynku oraz na klatkach schodowych, wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji dachu wraz z kominem i obróbką blacharską, wykonaniu nowych przyłączy sanitarnych, CO i wodociągowych, wykonaniu nowego przyłącza elektrycznego, instalacji teletechnicznych w tyra SSWW, KD, SAP, CCTV, domofonowej, powiadamiania głosowego oraz wykonaniu instalacji teleinformatycznych. Wykonanie robót geodezyjnych oraz dokumentacji technicznej powykonawczej; wartość – powyżej 10 000 000 zł
- 3) modernizacja budynku technicznego nr 27 zlokalizowanego na terenie 8 bsap w Dziwnowie, termin 21.05.2012-31.07.2014, przedmiot zamówienia: Wykonanie prac związanych z przebudową budynku polegających m.in. na pracach budowlanych wykonaniu nowych przyłączy sanitarnych, CO i wodociągowych, wykonaniu nowego przyłącza elektrycznego, instalacji teletechnicznych w tym SSWiN i SAP. Wykonanie robót geodezyjnych oraz dokumentacji technicznej powykonawczej, wartość – powyżej 10 000 000 zł
- 4) roboty budowlane polegające na przebudowie budynków nr 31, 38 oraz część pomieszczeń w budynku nr 33 zlokalizowanych na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Wojska Polskiego w Szczecinie, termin: 03.09.2014 do chwili obecnej; przedmiot zamówienia: Wykonanie prac związanych z przebudową budynków 33 i 31

polegających m.in. na pracach ziemnych, uzupełnianiem ubytków w ścianach zewnętrznych, modernizacji i rewitalizacji ścian, posadzek i stropów wew. budynku oraz na klatkach schodowych, wymianie stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji dachu wraz z kominem i obróbkę blacharską wykonaniu nowych przyłączy sanitarnych, CO i wodociągowych, wykonaniu nowego przyłącza elektrycznego, instalacji teletechnicznych w tym SSWiN, KD, SAP wraz z systemem oddymiania i gaszenia gazem, CCTV, Audio Video oraz nagłośnienia, wartość – powyżej 10 000 000 zł

Do ostatniej pozycji odwołujący dodał uwagę:

Uwaga - Prace w toku na podstawie podpisanej umowy oraz późniejszych aneksów. Wykonawca na dowód prawidłowego wykonania prac przedstawia zamawiającemu inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi są wykonywane, Protokół odbioru prac na budynku 33 (roboty zakończone), aktualny harmonogram prac na budynku 31 wraz z oświadczeniem o należytych wykonaniu prac, które zamawiający wystawił dla ubezpieczyciela w dniu 04.10.2018 r. w związku z przedłużeniem gwarancji w zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący, w celu wykazania należytego wykonania robót wskazanych w pozycji 4 przedstawił następujące dokumenty:

- Protokół odbioru końcowego robót budowlanych i przekazania obiektu administratorowi z dnia 2.06.2015 r. dot. zadania nr 16117 (zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących część pomieszczeń w budynku nr 33 na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Wojska Polskiego 250 w Szczecinie). Zgodnie z treścią protokołu, wartość brutto inwestycji według umowy wyniosła 1.254.086,11 zł, co powtórzone zostało w punkcie protokołu dotyczącym „wynagrodzenia wykonawcy za przedmiot odbioru”.
- Harmonogram Rzeczowo — Finansowy (formularz cenowy) dot. zaprojektowania i wykonania robót budowlanych dla zadania nr 16124 (przebudowa budynku sztabowego nr 31),
- oświadczenie inwestora z dnia 4.10.2018 r., z którego wynika, że roboty objęte kontraktem nr UW/0037/WB/2014 z dnia 3.09.2014 r. (wraz z późniejszymi aneksami) są realizowane (na bieżąco) zgodnie z umową oraz harmonogramem i do dnia wystawienia ww. oświadczenia nie zaistniały podstawy, które mogłyby skutkować odpowiedzialnością wykonawcy z gwarancji należytego wykonania kontraktu.

Przystępujący wraz z ofertą, w załączniku nr 2 (str. 4-5 oferty) przedłożył wykaz wykonanych robót, w którym wskazano realizacje, za które zamawiający przyznał maksymalną liczbę punktów możliwych do zdobycia w ramach kryterium — tj. 20 punktów. Wszystkie roboty

zostały wykonane przez podmiot wskazany w ofercie jako podmiot udostępniający zasób doświadczenia i podwykonawca: Zakład Usług Budowlanych R.Ł.

W dniu 15 kwietnia 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez przystępującego za kwotę 18 977 080,79 zł brutto z terminem gwarancji 60 m-cy. ilość uzyskanych punktów według kryteriów — 96,88 pkt (I miejsce).

Uzasadnienie wyboru

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oferta nie podlega odrzuceniu. Cena oferty przekracza środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jednakże w wyniku zatwierdzenia II korekty „Planu Inwestycji Budowlanych na 2020” przez Ministra Obrony Narodowej w dniu 02.04.2020 r., Zamawiający pozyskał środki finansowe na zabezpieczenie realizacji przedmiotowego zadania. Oferta jest najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ i uzyskała największą ilość punktów.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że oferta złożona przez odwołującego uzyskała 90 pkt. (cena – 60 pkt., okres gwarancji – 20 pkt., doświadczenie nabyte – 10 pkt.) i zajęła II miejsce.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), przez dokonanie wyboru oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 58 K.c. w zw. art. 91 ust. 3 i 2 i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. podlega odrzuceniu, a w pozostałe zarzuty odwołania – oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut nieprawidłowej oceny oferty odwołującego poprzez nieprzyznanie odwołującemu 20 punktów w kategorii „Doświadczenie nabyte”.

Izba wskazuje, że – w ramach kryterium doświadczenie nabyte – zamawiający punktował odpowiednio: za wykonanie 1 roboty: 0 punktów, za wykonanie od 2 do 3 robót: 10 punktów, za wykonanie 4 i więcej robót: 20 punktów. Przez doświadczenie zamawiający rozumiał wykonane roboty w postaci realizacji budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków

o podobnej specyfice i zakresie co przedmiot zamówienia o wartości minimum 10 000 000 zł w ciągu ostatnich 5 lat. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu doświadczenia wykonawcy z wyszczególnieniem: nazwy zamówienia i zamawiającego, terminu realizacji (rozpoczęcie/zakończenie), opisu zamówienia z podaniem informacji o zakresie wykonanych prac oraz wartości robót. W załączniku nr 2 - wykaz doświadczenia zamawiający wskazał, że do wszystkich wymienionych zadań należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że „usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż z dokumentacji postępowania nie wynika, że zamawiający winien przyznawać punkty w ramach przedmiotowego kryterium jedynie za roboty ukończone. Stanowisko takie nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach s.i.w.z., gdzie zamawiający wprost wskazał, że przez „doświadczenie” rozumie roboty „wykonane”. Zastosowanie dokonanej formy imiesłowu wskazuje, że zamawiającemu chodziło o te roboty, których realizacja została zakończona w takim rozumieniu, że wszystkie zaplanowane czynności zostały wykonane, a cała inwestycja – prawidłowo zakończona.

Potwierdzeniem powyższego rozumowania jest zawarty w załączniku nr 2 (wykaz doświadczenia) wymóg, że do wszystkich wymienionych zadań należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Izba nie zgadza się z odwołującym, że załącznik nr 2 miał jedynie charakter pomocniczy, w którym nie można ustanawiać obowiązków dla wykonawcy, o ile nie znalazły się one w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podkreśla, że z żadnego przepisu ustawy P.z.p. nie wynika zasada prymatu właściwej części s.i.w.z. wobec jej załączników. Wręcz przeciwnie – s.i.w.z. wraz z załącznikami stanowi integralną całość i wszystkie ich postanowienia są obowiązujące zarówno wobec zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i nie występują w tym zakresie zasadnicze różnice.

Wskazując na takie rozumienie przedmiotowego kryterium Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że zadanie wskazane w poz. 4 wykazu odpowiada wymogom określonym dla kryterium „Doświadczenie nabyte”. Odwołujący przedstawił inwestycję, która na dzień składania ofert nie została ukończona. Do dnia składania ofert został ukończony jedynie budynek nr 33, jednakże wartość brutto wykonanych robót według protokołu odbioru wynosiła jedynie 1.254.086,11 zł brutto. Odwołujący podnosił wprawdzie, że kwota ta nie odpowiada rzeczywistości, jednakże nie przedłożył żadnego dowodu w celu wykazania, jaka była wartość przedmiotowej inwestycji. Fakt wykonania robót o wymaganej wartości nie wynika również z innych dowodów – oświadczenia Inwestora z dnia 4 października 2018 roku oraz poświadczenia o wykonanym zamówieniu z dnia 5 marca 2020 roku, przedłożonym przez odwołującego na posiedzeniu Izby w dniu 12 czerwca 2020 roku. Z oświadczenia tego wynika przede wszystkim, że wartość usługi wyniosła 12.986.841,62 zł oraz że odbiór usługi nastąpił

w dniu 29 kwietnia 2019 roku. Nie wiadomo natomiast, ile wyniosła wartość robót w grudniu 2018 roku, czyli wówczas, gdy został wyznaczony dzień składania ofert..

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie wykazał, że zadanie wskazane w poz. 4 odpowiada wymogom przewidzianym dla kryterium oceny ofert „Doświadczenie nabyte”, w związku z czym zamawiający zasadnie nie przyznał odwołującemu maksymalnej liczby punktów w tym kryterium.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przez brak uzasadnienia faktycznego dla przyznanej w ramach kryteriów oceny ofert punktacji, jest co do zasady słuszny, niemniej jednak podlega oddaleniu z uwagi na fakt, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego wynika, że zamawiający winien jest wskazać wykonawcy, w jaki sposób ocenił jego ofertę, w tym – ile punktów przyznał w danym kryterium i dlaczego. Dyspozycja wskazanego przepisu obejmuje również konieczność uzasadnienia nieprzyznania punktów w danym kryterium. Czynność oceny ofert pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert jest bowiem czynnością podlegającą kontroli w ramach środków ochrony prawnej, w związku z czym wykonawca musi wiedzieć, czym kierował się zamawiający przy ocenie jego oferty. Na podstawie tej wiedzy wykonawca podejmuje bowiem decyzję w kwestii ewentualnego wniesienia odwołania. Brak tych informacji pozbawia wykonawcę możliwości właściwego sformułowania zarzutów.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, Izba stwierdziła, że zamawiający nie podał uzasadnienia nieprzyznania odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium „doświadczenie nabyte”, czym naruszył przepis wskazany w art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p. Niemniej jednak, w ocenie Izby, naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania. Odwołujący w sposób właściwy zidentyfikował przyczyny nieprzyznania mu punktów w przedmiotowym kryterium i na podstawie dokonanego rozpoznania sformułował zarzuty odwołania. Zarzuty te zostały przez zamawiającego uwzględnione, zatem przyjęć należy, iż odwołujący trafnie ustalił powody takiej, a nie innej oceny jego oferty.

W myśl art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a ustawy P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie taka okoliczność nie występuje. Zamawiający co prawda nie uczynił zadość obowiązkowi wskazanemu w art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., niemniej jednak odwołujący trafnie zidentyfikował podstawy czynności zamawiającego i podniósł wobec niej zarzut. Tym samym jego uprawnienie do skorzystania ze środka ochrony prawnej nie zostało naruszone, natomiast sam zarzut został oddalony jako niezasadny. Stwierdzone naruszenie nie miało zatem wpływu na wynik postępowania, w związku z czym zarzut należało oddalić.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy P.z.p. przez dokonanie wyboru oferty przystępującego, pomimo że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Istotą wskazanego zarzutu jest rozstrzygnięcie, czy przystępujący mógł, w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Analiza przytoczonej wyżej normy prawnej wskazuje, że możliwość polegania na zasobach innych podmiotów jest możliwa wyłącznie w celu potwierdzenia spełniania

warunków udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego w celu uzyskania lepszej oceny w kryteriach oceny ofert.

Ponadto, rozpoznając powyższe zagadnienie, wskazać należy na różnicę pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a kryteriami oceny ofert. W myśl art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p. warunki udziału w postępowaniu to minimalne wymagania, jakie winien spełnić wykonawca, by wziąć udział w postępowaniu. Z kolei kryteria oceny ofert, o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., to okoliczności, na podstawie których zamawiający oczekuje, iż otrzyma przedmiot zamówienia pod pewnymi względami lepszy, bardziej użyteczny lub dogodniejszy w eksploataowaniu. Wymogi w zakresie kryteriów są zatem bardziej wymagające niż w przypadku warunków udziału w postępowaniu i – co należy podkreślić – nie są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca polski, podobnie zresztą jak i ustawodawca europejski w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, dopuścili możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego jedynie w zakresie minimalnych wymagań umożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu. Z treści art. 63 ust. 1 dyrektywy wynika, że wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „niezbędne” nie jest, w ocenie Izby, przypadkowe. Możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego dotyczy bowiem wykazania, że spełnia się niezbędne, tj. minimalne warunki udziału w postępowaniu. Podobny wniosek wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwość UE z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Partner A. D. motyw 33, gdzie wskazano, iż *zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).*

Tym samym powoływanie się na takie zasoby w celu wykazania, iż spełnia się wymogi wyższe niż niezbędne jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Brak jest również możliwości stosowania *per analogiam* regulacji dotyczących udostępnienia zasobów do kryteriów oceny

ofert, jako że są to dwie osobne instytucje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ich rozróżnienie wynika z odmiennych celów, jakim służą.

Izba odrzuciła zarzut naruszenia art. 58 K.c. w zw. art. 91 ust. 3, 91 ust. 2 i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. przez niezastosowanie i dokonanie oceny ofert na podstawie kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy, które z uwagi na bezwzględną nieważność wynikającą z niezgodności z przepisami ustawy P.z.p. nie powinno być brane pod uwagę.

Zarzut ten jest w istocie zarzutem dotyczącym treści ogłoszenia o zamówieniu, które zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 października 2018 roku.

W myśl art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków. Oznacza to, że odwołujący winien podnieść przedmiotowy zarzut w terminie 5 dni licząc od dnia 11 października 2018 roku. Podnoszenie zarzutu na obecnym etapie postępowania należy uznać za spóźnione. Zarzut podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....