

Sygn. akt: KIO 1099/11

WYROK
z dnia 10 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Ewa Rzońca

Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o., z siedzibą: ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL – AQUA" S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1099/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1099/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o., z siedzibą: ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider)**, , **ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o.**, z siedzibą: **ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider)**, **ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o.**, z siedzibą: **ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o.**, **ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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: Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „Budowa mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny wraz z drogami dojazdowymi. Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 185-282307 i opublikowane w dniu 23 września 2010r.

W dniu 16 maja 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Z ww. pisma wynika, że warunki zostały spełnione przez dwunastu wykonawców, przy czym dziesięciu z nich zostało zaproszonych do złożenia oferty. Zamawiający uznał wykonawców: Konsorcjum firm: Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o. oraz wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. za wykluczonych z postępowania, gdyż nie zostali oni zakwalifikowani do etapu składania ofert, zajmując w wyniku dokonanej oceny 11 i 12 pozycję. Trzech wykonawców zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum firm: Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o., zwane dalej Konsorcjum Bilfinger, wniosło odwołanie wobec czynności:

- oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia dokonanej niezgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców podanymi w ogłoszeniu, w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu,
- bezpodstawnego przyznania odwołującemu niepełnej liczby punktów za spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia oraz zaniżonej wartości wykazanych zadań, w wyniku czego nie został zaproszony do składania ofert oraz potraktowany jak wykluczony z postępowania, gdy zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców podanymi w ogłoszeniu, powinien być sklasyfikowany na co najmniej 5 pozycji,
- przyznania wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o. pierwszej pozycji, gdy zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców podanymi w ogłoszeniu oraz bez uwzględnienia zasobów podmiotów trzecich, powinien być sklasyfikowany za odwołującym (na poz. 11) i nie zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania,

- dopuszczenia posłużenia się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp, nie tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale również w przypadku oceny najwyżej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składnia ofert w postępowaniu;

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp, przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 – 2 Pzp, przez dokonanie wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków;
- art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 51 ust. 2 Pzp, przez zaniżenie oceny przyznanej odwołującemu, zaniechanie zaproszenia odwołującego do składania ofert, pomimo że zgodnie z obiektywnymi kryteriami podanymi w ogłoszeniu, powinien być sklasyfikowany w dziesiątce wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez zawyżenie oceny przyznanej wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o.,
- art. 26 ust. 2b Pzp, przez uznanie, iż przepis ten dopuszcza posłużenie się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych nie tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku oceny najwyżej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składnia ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznanych ocen spełniania tych warunków,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny wniosków,
- 3) w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, dokonanie przyznania wykonawcom ocen spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców podanymi w ogłoszeniu, oraz bez uwzględniania wiedzy i doświadczenia podmiotów trzech,
- 4) dokonanie kwalifikacji odwołującego do dalszego etapu postępowania,
- 5) poinformowanie wykonawców o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznanych ocenach.

Odwołujący nie zgodził się z przyznaną oceną zbiorczą - „0 pkt” oraz przyjętą do oceny wartością zadań w wysokości 525 977 218,40 PLN, co dało odwołującemu 11 pozycję.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust 1 i ust 3, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez dokonanie wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków, odwołujący stwierdził, co następuje:

Z opisu zawartego w pkt IV. 1.2) ogłoszenia (Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów) wynika, że za doświadczenie zawodowe potwierdzające spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale III.2.1pkt 2 lit a i b (po dokonanych przez zamawiającego sprostowaniach ogłoszenia w tym zakresie) wykonawca otrzyma 0 punktów. Zgodnie z tym zapisem, warunek spełniło 12 wykonawców, w tym odwołujący. Odwołujący oświadczył, iż nie kwestionuje oceny w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, należało zastosować przy tym obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów, określone w pkt IV 1.2 ogłoszenia. Zamawiający określił, że „Dodatkowo punktowo oceniane będzie doświadczenie zawodowe”, „na podstawie załączonego przez wykonawcę do wniosku wykazu”, a ponadto, że „Za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w rozdz. III 2.1 pkt 2 lit a i b wykonawca otrzyma 1 pkt.”

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 2 Pzp, przez zaniżenie oceny przyznanej odwołującemu i zaniechanie zaproszenia odwołującego do składania ofert, pomimo że zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców podanymi w ogłoszeniu, powinien być sklasyfikowany w dziesiątce wykonawców odwołujący stwierdził, co następuje.

Odwołujący złożył wykaz robót „Doświadczenie zawodowe”, w którym wykazał 12 zadań określonych w rozdz. III 2.1 pkt 2 lit a i b, a w związku z tym powinien otrzymać „za każde dodatkowo wykazane zadanie” (bez zasobów podmiotów trzecich), po jednym punkcie, tj. łącznie co najmniej 12 pkt. Przy przyjęciu takiej samej zasady przyznawania punktów innym wykonawcom, odwołujący znalazłby się na 5 pozycji exequo z wykonawcą Strabag Sp. z o. o (lider), czyli w najgorszym wypadku na szóstej pozycji, co oznacza pewną kwalifikację do następnego etapu przetargu.

Zamawiający mimo, że sam określił zasady oceny w ogłoszeniu, to jednak na etapie oceny wniosków zmienił je na niekorzyść wykonawców, przyznając mniejszą ilość punktów.

W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że zamawiający zastosował niedozwoloną subiektywną ocenę spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Powołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02).

Odwołujący podkreślił, że zastosowany przez zamawiającego sposób oceny spełniania warunków i przyznawania ocen spełniania tych warunków jest sprzeczny z treścią warunku zawartą w ogłoszeniu, a dodatkowo niejasny i nieczytelny. Zamawiający przyznając 1 punkt nie kierował się zasadą „Za każde dodatkowo wykazane zadanie” lecz za łącznie wykazane dwa lub trzy zadania, wśród których musiał być most. Jednak żadne zapisy ogłoszenia na to nie wskazywały. To jednoznacznie potwierdza, jak absolutnie sprzecznie zamawiający dokonał oceny, tym bardziej, że wcześniej usunął z ogłoszenia (sprostowanie II) zapis „warunki a) i b) należy traktować łącznie”, dając tym do zrozumienia, że wykonawcy nie muszą wykazywać łącznie poszczególnych zadań opisanych w pkt a i pkt b.

Ponadto, zamawiający przyznając punkty kwalifikujące do dalszego etapu uwzględniał doświadczenie innych podmiotów, co jest niedopuszczalne, mając na uwadze aktualne orzecznictwo KIO.

Odwołujący wskazał, że we wzorze wykazu zamawiający posłużył się także nazwą zadania, wartością zadania oraz datą zadania, co potwierdza, że powinien przyznawać 1 pkt za „zadanie”, w rozumieniu pojedynczego zadania wpisanego w wykazie. Potwierdzeniem, że wykonawcy jednakowo rozumieli opis sposobu oceny spełniania warunku i spodziewali się przyznawania punktów za każde dodatkowe zadanie, jest okoliczność wykazania przez wszystkich wykonawców wielu zadań drogowych przy jednoczesnym wykazaniu tylko jednego lub dwóch mostów.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu brak przejrzystości przy liczeniu wartości zadań. W przypadku wykazu złożonego przez odwołującego, zakładając, że dla spełnienia warunku zamawiający przyjął poz. 1 (droga) i poz. 16 (most), powinien przyjąć wartość 588 601 923,68 PLN, a tymczasem przyjął 525 977 218,40 PLN.

W ocenie odwołującego, zasady przyjęte w ogłoszeniu były jasne i przejrzyste - nie pozostawiały miejsca na dowolność i arbitralne decyzje. Zamawiający zaś, zmieniając sposób przyznawania ocen na etapie oceny wniosków, rażąco naruszył zasady i przepisy ustawy, co miało wpływ na ograniczenie konkurencji i preferencji dla wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 12 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 361/10 na poparcie swoich twierdzeń.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez zawyżenie oceny przyznanej wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o., odwołujący stwierdził, co następuje.

Zgodnie z przyjętym w ogłoszeniu sposobem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznawania ocen spełniania tych warunków, w szczególności zgodnie z obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców, jak również bez przyznawania punktów za doświadczenie podmiotów trzecich, wykonawca Max Bogl Polska Sp. z o.o., który uzyskał 1 pozycję (2 pkt), według dokonanej przez zamawiającego oceny,

wykonawca ten klasyfikuje się dopiero na miejscu 11, a tym samym nie kwalifikuje się do dalszego etapu postępowania.

W odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp, przez uznanie, iż przepis ten dopuszcza posłużenie się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych, nie tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku oceny najwyżej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w postępowaniu, stwierdził, co następuje.

Wg ustaleń odwołującego, zamawiający przyznając oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, posłużył się zasobami udostępnionymi wykonawcom przez podmioty trzecie.

Odwołujący wskazał, że celem wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu wynika nadto z uzasadnienia nowelizacji (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 Nr 206 poz. 1591).

Przepis art. 26 ust. 2 b wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędną dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia tego przepisu, zdanie drugie - przepis w tej części aż dwukrotnie akcentuje posłużenie się niezbędnymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego (udostępniającego), wskazując zarazem, że zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2359/10.

W dniu 30 maja 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. z siedzibą w Piasecznie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej. Prawo to jest niczym nieograniczone.

W dniu 29 maja 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że prawem wykonawców jest ubieganie się o zamówienie opierając się na cudzym potencjale, co sprzyja konkurencyjności przetargów. Zamawiający również nie wyłączył takiej możliwości w ogłoszeniu. Wskazał, że literalna wykładnia art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp prowadzi do wniosku, że przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznawaniu punktacji należy brać pod uwagę wszystkie zadania wykazane we wniosku.

W dniu 30 maja 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum firm: Mota-Engil Central Europe S.A., Mota-Engil, Engenharia e Construcao S.A. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na brak naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

Zamawiający w dniu 7 czerwca 2011 r. przesłał do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, w którym w całości uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przystępujący, Max Bögl Polska Sp. z o.o. w dniu 7 czerwca 2011 r. zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Wskazał, że warunek dotyczący doświadczenia wykonawców, obejmujący zrealizowanie inwestycji drogowych i budowę mostu, o określonych parametrach został opisany w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał warunek podając wymagania zawarte w pkt a i b, co oznacza, że dotyczył on doświadczenia przy realizacji obu rodzajów inwestycji. Usunięcie zapisu „warunki a) i b) należy traktować łącznie” nie ma jakiegokolwiek wpływu na treść warunku. Dodatkowa punktacja doświadczenia mogła być przyznana za wykazanie obu rodzajów inwestycji tj. określonych w pkt a) i b) jak wskazał zamawiający w ogłoszeniu. Wynika to zarówno z wykładni językowej treści warunku, jak i celu, któremu warunek miał służyć, w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia. Interpretacja prezentowana przez odwołującego przeczy zarówno wykładni językowej treści warunku jak i jego celowości.

Przystępujący stwierdził, że wykładnia przepisów art. 26 ust. 2b w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp prowadząca do wniosku, iż w przetargu ograniczonym wykonawca może posiłkować się potencjałem podmiotów trzecich wyłącznie w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, jest błędna i nie tylko nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu wskazanych przepisów, ale i nie odpowiada celowi, jakemu służyło wprowadzenie tego przepisu do porządku prawnego. Wskazał na orzecznictwo KIO potwierdzające zasadność tego poglądu (wyrok z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11, wyrok z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1400/10, KIO/1401/10,

wyrok z dnia 26 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, wyrok z dnia 20 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1918/10.

Wykonawca, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A., zgłosił do protokołu w toku posiedzenia sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący, Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), ABM Pol-Dróg Legnica Sp. z o.o. wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zajął 11 miejsce w klasyfikacji, przy czym zaproszenie do składania ofert może być skierowane tylko do 10 wykonawców. W przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący poniósłby szkodę w wyniku nie zakwalifikowania go do dalszego etapu postępowania, a tym samym pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOTA – ENGIL Central Europe S.A., Mota – Engil Engenharia e Construcao S.A. Konsorcjum nie wykazało interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, stosownie do wymogu art. 185 ust. 3 Pzp. Jak wyjaśnił zamawiający uwzględnienie odwołania nie ma żadnego wpływu na pozycję przystępującego wśród wykonawców zaproszonych do złożenia oferty.

Izba uznała, że skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL – AQUA" S.A. oraz wykonawca Max Bögl Polska Sp. z o.o. Izba wzięła pod uwagę, iż w związku z wniesieniem dwóch odwołań w przedmiotowym postępowaniu (sygn. akt KIO 1097/11 oraz KIO 1099/11), w przypadku ich uwzględnienia, pozycja ww. przystępujących w postępowaniu może ulec zmianie, a w konsekwencji wykonawcy mogą nie zakwalifikować się do etapu składania ofert.

W związku z zarzutem odwołującego co do braku uzasadnienia interesu przystępującego Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL – AQUA" S.A. w zgłoszeniu sprzeciwu w przedmiotowym postępowaniu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje, że wykonawca wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, tj. w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, a zatem stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciwko przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania. Zgodnie z art. 186 ust. 3 i 4 Pzp, wykonawcy, będącemu uczestnikiem postępowania odwoławczego, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu. Wskazać przy tym należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga wykazania jakichkolwiek dodatkowych przesłanek do wniesienia sprzeciwu, w tym – nie wymaga wykazania interesu we wniesieniu sprzeciwu. Zauważyć należy, że interes w przystąpieniu wykonawcy, po danej stronie postępowania odwoławczego, podlega badaniu na moment jego zgłoszenia.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia w postępowaniu art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp, przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez dokonanie wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków.

Izba ustaliła, że ostateczne brzmienie opisu sposobu spełniania warunku, dotyczącego wymaganego od wykonawców doświadczenia, zostało ustalone w pkt III.2.1 ppkt 2 Wiedza i doświadczenie, lit. a i b ogłoszenia o zamówieniu (w wyniku sprostowania treści ogłoszenia przekazanego do DUUE w dniu 21 września 2010 r. oraz sprostowania przekazanego do DUUE w dniu 22 października 2010 r.) w następujący sposób: „Za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia zamawiający uzna wykonanie w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: a) 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 30 000 000.00 PLN brutto - każde zadanie lub jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 60 000 000.00 PLN brutto,

b) budowę co najmniej jednego obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym z przęsłem o rozpiętości min. 100 m.

Sprawdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia/nie spełnia.”

Zgodnie z art. 51 ust. 1 Pzp, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Zgodnie natomiast z ust. 2 ww. przepisu, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zawarł w ogłoszeniu, w oparciu o art. 51 ust. 1 Pzp, postanowienie, iż do etapu składania ofert zostanie zaproszonych 10 wykonawców i określił kryteria najwyższej oceny spełniania warunków, w rozumieniu art. 51 ust. 2 Pzp. Zgodnie z brzmieniem pkt IV 1.2 ogłoszenia, zamawiający określił je jako „obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów”. W oparciu o te kryteria wykonawcom przyznana miała być punktacja za spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz za dodatkowe doświadczenie zawodowe. Zamawiający postanowił, iż: „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie, na podstawie załączonych dokumentów do wniosku, na zasadzie spełnia/nie spełnia. Dodatkowo, punktowo oceniane będzie doświadczenie zawodowe. Doświadczenie zawodowe Zamawiający oceniać będzie punktowo na podstawie załączonego przez Wykonawcę do wniosku wykazu zawierającego rodzaj, wartość oraz daty i miejsca wykonania robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, te roboty wykazane w doświadczeniu zawodowym zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuk budowlanej i prawidłowo ukończone. Za wykonanie doświadczenia zawodowego, o którym mowa w rozdziale III.2.1 pkt 2 lit a i b Wykonawca otrzyma 0 pkt za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w rozdz. III.2.1 pkt 2. lit. a i b Wykonawca otrzyma 1 punkt. W przypadku, gdy Wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów, Zamawiający zaprosi tego wykonawcę, który w przedstawionym doświadczeniu zawodowym wykaże się wyższą wartością wykazanych zadań spełniających warunek określony w rozdz. III.2 1 pkt 2. lit. a i b”.

Z powyższego postanowienia wynika, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, jako doświadczenie polegające na wykonaniu zarówno robót określonych w pkt III.2.1 ppkt 2 lit. a, jaki i w postanowieniu - lit. b ogłoszenia. Jednocześnie za doświadczenie zawodowe potwierdzające spełnianie warunku, zgodnie z pkt IV.1.2 ogłoszenia wykonawca mógł otrzymać 0 punktów. Zaznaczyć należy, że odwołujący nie

kwestionował dokonanej przez zamawiającego oceny w tym zakresie, zgodnie z którą spełnianie warunku doświadczenia wykazało 12 wykonawców, w tym także odwołujący.

Izba nie zgodziła się jednak ze stanowiskiem odwołującego, iż w myśl postanowienia - pkt IV 1.2. ogłoszenia „kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów”, według których zamawiający przyznaje punktację za dodatkowe doświadczenie zawodowe „na podstawie załączonego przez wykonawcę do wniosku wykazu” oraz „za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w pkt III 2.1 ppkt 2 lit a i b wykonawca otrzyma 1 pkt.”, każda zrealizowana inwestycja, spełniająca wymogi określone alternatywnie w pkt III.2.1 ppkt 2 lit a oraz w lit. b ww. warunku, powinna generować jeden dodatkowy punkt. W ocenie Izby, z treści postanowień zawartych w pkt III 2.1 ppkt 2 lit a i b oraz w pkt IV.1.2 wynika, że spełnianie warunku doświadczenia musi być wykazane przez wykonanie robót, o których mowa w lit. a oraz lit. b łącznie. Podkreślić należy, że zamawiający opisał wymogi zawarte w obu ww. punktach wskazując jednoznacznie, iż jest to jeden warunek, który musi być wobec tego spełniony w całości.

W taki sam sposób zamawiający określił kryterium przyznawania dodatkowych punktów, tj. wskazując, iż dodatkowy 1 pkt będzie przyznany za każde dodatkowo wykazane zadanie określone w pkt III.2.1 ppkt 2 lit. a) i b). Użycie spójnika „i” oznacza, że punktowane było dodatkowe doświadczenie polegające na wykonaniu:

- dwóch inwestycji drogowych o mniejszej wartości i/lub jednej inwestycji drogowej o wyższej wartości,

jak również:

- co najmniej jednej budowy mostu o danych parametrach.

W przepisie art. 51 ust. 2 Pzp, ustawodawca posłużył się pojęciem „warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp oraz pojęciem „najwyższej oceny spełniania tych warunków”. Zatem „najwyższa ocena” przyznana wykonawcy (dodatkowa punkcja) musi wynikać ze spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w stopniu przekraczającym minimalny zakres wymaganego w danym postępowaniu doświadczenia. Powyższe oznacza, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu, stanowi podstawę zarówno oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i oceny - w jakim stopniu wykonawca przewyższa wymaganie minimalne.

Przy interpretacji treści omawianego warunku, zwrócić należy również uwagę na okoliczność, iż zamawiający usunął z ogłoszenia w wyniku jego sprostowania zapis „warunki a) i b) należy traktować łącznie”. Usunięcie określenia „warunki” oznacza, że wymagania opisane w pkt a i pkt b stanowią jeden łączny warunek, który musi być spełniony w całości. Taką interpretację potwierdza treść pkt IV.1.2, w którym wskazano, że wymagania zawarte w postanowieniu lit. a oraz lit. b stanowią „warunek” udziału w postępowaniu.

Oceniając treść wzoru wykazu doświadczenia, opracowanego przez zamawiającego, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż sposób sformułowania tego szablonu przesądza o tym, że kryterium przyznania dodatkowego punktu za doświadczenie zawodowe odnosi się do któregokolwiek z zadań spełniających wymagania zawarte w pkt a lub b warunku. Zdaniem Izby formularz ten został przygotowany w sposób uniwersalny, który miał umożliwić zamawiającemu ocenę wykazanych robót pod względem spełnienia szczegółowych wymagań dotyczących w szczególności wartości inwestycji oraz wymaganych parametrów technicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku i przyznania wykonawcom punktacji, zgodnie z treścią opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w ogłoszeniu. Nie ma uzasadnienia twierdzenie odwołującego, że zamawiający zastosował niedozwoloną subiektywną ocenę spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zaprosił do składania ofert 10 wykonawców, którzy wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali przy tym najwyższą ocenę spełnienia tych warunków.

W odniesieniu do zarzutu, iż zamawiający zaniżył ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu przyznaną odwołującemu oraz w konsekwencji nie zaprosił odwołującego do złożenia oferty, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 2 Pzp, dokonując zakwestionowanych przez odwołującego czynności.

Odwołujący złożył wykaz „Doświadczenie zawodowe” (załącznik nr 4, str. 32 wniosku) zawierający 18 pozycji - obejmujących inwestycje drogowe oraz 1 inwestycję - budowa mostu. Zgodnie z wyjaśnieniem odwołującego, co przyznał także zamawiający, uwzględniając ten zarzut, złożony wykaz zawiera łącznie 12 zadań, o których mowa w postanowieniu – pkt III 2.1 ppkt 2 lit a i b.

W myśl brzmienia kryteriów określonych w pkt IV.1.2 ogłoszenia, zgodnie z którym dodatkowa punktacja może być przyznana za doświadczenie obejmujące łącznie inwestycje opisane przez zamawiającego w pkt III 2.1 pkt 2 lit a oraz lit. b, odwołujący nie może uzyskać dodatkowych punktów, ponieważ wykazał tylko jedną budowę mostu spełniającego parametry określone w ogłoszeniu, która wypełnia wyłącznie warunek minimalny wymaganego doświadczenia. Pomimo, iż odwołujący wykazał realizację zadań polegających na „budowie ulub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 30000000.00 PLN brutto - każde zadanie lub jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg klasy G lub wyższej o wartości nie niższej niż 60 000 000.00 PLN brutto” (lit. a opisu warunku), to nie wykazał przy tym dodatkowej budowy „obiektu mostowego wieloprzęsłowego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym z przęsłem o rozpiętości

min. 100 m² (lit b opisu warunku), podczas gdy dodatkowy 1 pkt może być przyznany za realizację obu ww. rodzajów inwestycji.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut dotyczący braku przejrzystości przy liczeniu przez zamawiającego wartości zadań. Odwołujący argumentował, iż w przypadku wykazu złożonego przez odwołującego, zakładając że dla spełnienia warunku zamawiający przyjął poz. 1 (droga) i poz. 16 (most) powinien przyjąć wartość 588 601923,68 zł, a tymczasem przyjął 525 977 218,40 zł. Przystępujący wykonawcy, którzy zgłosili sprzeciwy, nie przedstawili żadnej argumentacji w odniesieniu do tego zarzutu.

Izba stwierdziła natomiast, że przyjęta przez zamawiającego wartość nie wynika z prawidłowej kalkulacji, której należało dokonać, uwzględniając, że najwyższa wartość inwestycji drogowej to kwota 462 802 738,05 zł (poz. nr 1 wykazu), a wartość inwestycji obejmującej budowę mostu (poz. 17 wykazu) – to kwota 125 799 185,63 zł.

Izba, badając wpływ naruszenia w powyższym zakresie art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ut. 2 Pzp, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdziła, że powyższe naruszenie nie ma wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Pomimo przyjęcia do oceny wartości 588 601923,68 zł nie zmieni się pozycja odwołującego w rankingu ofert, który został sklasyfikowany na 11 pozycji, która nie pozwala odwołującemu na zaklasyfikowanie się do grona 10 wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp, przez uznanie, iż przepis ten dopuszcza posłużenie się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych, nie tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku oceny najwyższej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający przyznając oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, uwzględnił doświadczenie wykazane przez wykonawców jako zasoby udostępnione im przez podmioty trzecie.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zauważyć należy, że celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 Nr 206 poz. 1591), wynika również z uzasadnienia do ww. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zważyła, że literalna wykładnia przepisów art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp prowadzi do wniosku, że przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznawaniu punktacji należy brać pod uwagę wykazany przez wykonawcę potencjał, niezależnie od tego czy jest to potencjał własny tego wykonawcy, czy też potencjał udostępniony przez podmioty trzecie.

Przepis art. 26 ust. 2 b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2 b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, w istocie, nie mieliby realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b Pzp umożliwił wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej oraz prawo to nie zostało w przepisach ustawy Pzp w jakikolwiek sposób ograniczone.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez zawyżenie oceny przyznanej wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o.

Wykonawca Max Bögl Polska Sp. z o.o. (str.43 wniosku) złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz doświadczenia zawodowego, w którym zawarł 18 pozycji na potwierdzenie wykonania inwestycji drogowych (pkt a warunku) i 3 pozycje inwestycji mostowych (pkt b warunku), wskazując, iż wykazane doświadczenie

zostało udostępnione przez podmiot trzeci. Wykonawca przedstawił, w związku z powyższym, oświadczenie złożone przez Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG z dnia 12 października 2010 r. (str. 7 wniosku), zawierające zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wykonawcy m.in. potencjału technicznego wg pkt III.2.1 pkt 1 ogłoszenia.

Zważywszy, że przepis art. 26 ust. 2b umożliwia wykonawcom korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zgodnie z przyjętym w ogłoszeniu sposobem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznawania ocen spełniania tych warunków, w szczególności zgodnie z „obiektywnymi kryteriami wyboru ograniczonej liczby wykonawców”, wykonawca Max Bögl Polska Sp. z o.o. otrzymał 2 punkty i uzyskał pierwszą pozycję wśród 10 wykonawców zaproszonych do etapu składania ofert.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno przez odwołującego, jak i wykonawcę Max Bögl Polska Sp. z o.o., zakwestionowana w odwołaniu, została dokonana przez zamawiającego w oparciu o opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, określony w pkt III.2.1 ppkt 2 lit. a i b ogłoszenia oraz zgodnie z kryteriami przyznania najwyższej oceny spełniania tego warunku, określonymi w pkt IV.1.2 ogłoszenia, co nie narusza przepisów art. 51 ust. 1 –2, art. 26 ust. 2b oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, biorąc jednocześnie pod uwagę, iż błędne obliczenie wartości zadań wykazanych przez odwołującego nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....