

WYROK
z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniżenie punktów przyznanych odwołującemu w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od odwołującego: STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót torowych celem podniesienia prędkości na linii kolejowej nr 4 Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie”, numer referencyjny: 9090/IRZR1/06652/01726/21/P”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.05.2021r. nr 2021/S 092-239661.

Pismem z dnia 07.10.2021 r. zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej i poinformował o ustalonym rankingu ofert.

W dniu 15.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 118 ust. 1 w zw. z art. 232 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 i ust. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez nieuprawnione przyznanie wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu punktów w ramach kryterium „Jakości sprzętu” za sprzęt udostępniony przez podmioty trzecie, w oparciu o zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, podczas gdy ustawa Pzp przewiduje możliwość polegania na zdolnościach technicznych podmiotów udostępniających zasoby wyłącznie w celu: a) potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub b) kryteriów selekcji, a tym samym poprzez błędną punktację ofert wykonawców określoną przez zamawiającego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej,
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny ofert w zakresie kryterium „Jakość sprzętu” i finalnie błędną klasyfikację ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, tj. zaniżenie punktacji oferty odwołującego i zawyżenie punktacji przyznanej ofertom pozostałych wykonawców,
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez zaniżenie punktów przyznanych odwołującemu w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej,
- 4) art. 232 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny ofert wykonawców, tj. uwzględnienie w punktacji kryterium „Jakość sprzętu” sprzętu udostępnionego przez podmioty trzecie oraz poprzez zaniżenie punktów należnych odwołującemu w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej, a w konsekwencji przekazanie wykonawcom nieprawidłowej informacji o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej

punktacji w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania,

5) art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a tym samym zaniechanie prowadzenia postępowania z należytą starannością w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji w szczególności w związku z przyznaniem punktów wykonawcom za potencjał podmiotów trzecich w ramach kryterium „Jakości sprzętu” w sposób sprzeczny z wyżej wskazanymi przepisami PZP oraz postanowieniami SWZ.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„Zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SWZ Zamawiający określił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek w zakresie zdolności technicznej. Weryfikacja tego warunku nastąpić ma m.in. poprzez wymóg dostępności wskazanych narzędzi i urządzeń technicznych.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 PZP w pkt 20.8 SWZ IDW Zamawiający określił kryteria oceny ofert:

- a) Całkowita cena brutto – waga 70 %
- b) Jakość sprzętu – waga 30 %

(...) Zgodnie z pkt 20.8.2.1 SWZ IDW kryterium „Jakości sprzętu” miało być rozpatrywane na podstawie wypełnionych załączników nr 12A, 12B, 12C, 12D, 12E, 12F. W pkt 20.8.2.1 SWZ zostały wskazane szczegółowe zasady wypełnienia załączników oraz znaczenie poszczególnych wartości dla postawionych wymagań. (...)

W Postępowaniu zostały złożone oferty czterech wykonawców. Zamawiający pismem z dnia 07.10.2021r., znak: IRZR1.292.1.2021.IRE-00937-I.b.27 zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. (...)

Zgodnie z dokonaną przez Zamawiającego oceną ujawnioną w zaproszeniu do udziału w aukcji, w ramach kryterium „Jakość sprzętu” wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów:

1. Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. – 30,0000000000
2. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. i Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” Sp. z o.o. – 24,8341505624
3. Strabag Sp. z o.o. – 26,1667147390
4. Budmiex S.A. – 26,4522642054

Odwołujący zarzuca, że przyznanie wykonawcom przez Zamawiającego liczby punktów w ramach kryterium „Jakość sprzętu” było nieprawidłowe. Zamawiający przyznał punkty w tym kryterium m.in. za potencjał udostępniony wykonawcom przez podmioty trzecie, co jest niezgodne z przywołanymi na wstępie odwołania przepisami PZP oraz

warunkami SWZ. (...)

Jak wynika z przedstawionej przez Zamawiającego w dniu 07.10.2021r. punktacji uzyskanej w ramach kryterium „Jakość sprzętu”, Zamawiający uwzględnił w swojej ocenie sprzęt udostępniony wykonawcom przez podmioty trzecie, co w ocenie odwołującego było niedopuszczalne.

Dodatkowo też wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniżył ilość punktów przyznanych odwołującemu w ramach kryterium „Jakość sprzętu”, tj. nie przyznał odwołującemu 5 punktów w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej. Skutkiem popełnionej literówki „C1” zamiast „G1” Zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnia kryterium skrajni taboru, podczas, gdyby opisana w załączniku 12C podbijarka (taka sama jak maszyny wskazane przez pozostałych wykonawców) spełnia warunek skrajni. W zakresie parametrów technicznych nie istnieje parametr C1 w odniesieniu do podbijarek.

Prawidłowa ocena ofert wykonawców, tj. bez uwzględnienia w ramach kryterium „Jakość sprzętu” potencjału podmiotów trzecich prowadzi do zmiany punktacji tego kryterium w następujący sposób:

		PPMT	Konsorcjum PNIUIK i DOM	Budimex	Strabag
12A	PODBIJARKA SPECJALISTYCZNA- WYSOKOWYDAJNA	0,00	61,30	53,20	61,20
12B	PODBIJARKA TOROWA WIELOZADANIOWA	0,00	0,00	0,00	52,50
12C	PODBIJARKA UNIWERSALNA	75,30	57,40	61,30	61,50
12D	PROFILARKA ROZJAZDOWA co najmniej 4-osiowa	0,00	0,00	0,00	53,10
12E	PROFILARKA TOROWA 2-osiowa	0,00	24,10	48,00	41,10
12F	PROFILARKA TOROWA WIELOZADANIOWA co najmniej 4-osiowa	0,00	0,00	37,00	0,00
		75,30	142,80	199,50	269,40
	Punktacja kryterium „Jakość sprzętu”	8,39	15,90	22,22	30,00

Prawidłowa ocena ofert w zakresie kryterium „Jakość sprzętu” pozwoli odwołującemu uzyskać najkorzystniejszą notę, zarówno w odniesieniu do kryterium „Jakości sprzętu”, jak i w ogólnej ocenie oferty zgodnie z instrukcją zawartą w pkt 20.8.2.2. IDW SWZ. Odwołujący

będzie miał realne szanse na uzyskanie najlepszego wyniku w trakcie aukcji elektronicznej, a tym samym na uzyskanie zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 118 ust. 1. Ustawy PZP wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Z brzmienia powołanego przepisu wynika, że Ustawodawca dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na zasobach podmiotów trzecich, w tym zakresie zdolności technicznych, wyłącznie w celu potwierdzenia przez wykonawcę a) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub b) kryteriów selekcji. A contrario, nie została dopuszczona w ustawie PZP możliwość powołania się przez wykonawcę na potencjał podmiotów trzecich w celu uzyskania dodatkowej punktacji w ramach kryterium oceny ofert.

Potwierdzeniem powyżej intencji Ustawodawcy było wprowadzenie do nowej ustawy PZP z 2019r. dodatkowo możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia kryteriów selekcji. Możliwość taka nie została przewidziana w odniesieniu do kryteriów oceny ofert. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, o której zamawiający poinformował w oparciu o przepis art. 232 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
2. dokonania ponownej oceny ofert i przyznania punktów w ramach kryterium „Jakość sprzętu” z pominięciem sprzętu udostępnionego wykonawcom przez podmioty trzecie,
3. dokonania ponownej oceny ofert i przyznania odwołującemu 5 punktów w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej,
4. na wypadek gdyby zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną przed rozpoznaniem odwołania na podstawie kwestionowanej punktacji ofert - unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji i nakazania ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Pismem z dnia 19.10.2021 r. wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 04.11.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez zaniżenie punktów przyznanych odwołującemu w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej. Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Pismem z dnia 04.11.2021 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie. W trakcie posiedzenia przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w zakresie ww. zarzutu nr 3.

W trakcie rozprawy, w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót torowych celem podniesienia prędkości na linii kolejowej nr 4 Grodzisk Mazowiecki – Zawiercie w km 1,091 – 224,915 wraz z robotami towarzyszącymi.

W pkt 8.6.2.2. swz zamawiający wymagał spełnienia warunku w zakresie dostępności do 17 rodzajów narzędzi i urządzeń technicznych o wskazanych parametrach, w tym m.in.:

- co najmniej 1 podbijarka specjalistyczna – wysokowydajna,
- co najmniej 1 podbijarka torowa wielozadaniowa,
- co najmniej 1 podbijarka uniwersalna,
- co najmniej 1 profilarka rozjazdowa 4-osiowa,
- co najmniej 1 profilarka torowa 2-osiowa,
- co najmniej 1 profilarka torowa wielozadaniowa 4-osiowa.

Ocena spełnienia warunku miała nastąpić na podstawie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu stanowił załącznik Nr 10 do IDW).

W pkt 20.8. swz zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- a) Całkowita cena brutto – waga: 70%,
- b) Jakość sprzętu – waga: 30%.

Kryterium Jakość sprzętu miało być rozpatrywane na podstawie wypełnionych załączników nr 12A, 12B, 12C, 12D, 12E oraz 12F do IDW, wg zasad opisanych w IDW oraz w tych załącznikach. W załącznikach przewidziano następujący sprzęt:

Załącznik 12A - Podbijarka specjalistyczna wysokowydajna,

Załącznik 12B - Podbijarka torowa wielozadaniowa,

Załącznik 12C - Podbijarka uniwersalna,

Załącznik 12D - Profilarka rozjazdowa 4-osiowa,

Załącznik 12E - Profilarka torowa 2-osiowa,

Załącznik 12F - Profilarka torowa wielozadaniowa 4-osiowa.

W pkt 21 zamawiający zastrzegł możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W toku aukcji elektronicznej kryterium licytowanym będzie cena. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty w kryterium licytowanym („Całkowita cena brutto:”), z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji w kryteriach niepodlegających licytacji („Jakość sprzętu”) oraz wag poszczególnych kryteriów. Punkty przyznane w ramach kryterium „Jakość sprzętu” pozostaną niezmiennie w toku trwania całej aukcji elektronicznej.

W postępowaniu złożono 4 oferty, przy czym:

1) wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe sp. z o.o. dołączył do oferty zobowiązania podmiotów udostępniających mu następujący sprzęt:

- a) podbijarka specjalistyczna – wysokowydajna (Załącznik 12A),
- b) podbijarka torowa wielozadaniowa (Załącznik nr 12B),
- c) profilarka rozjazdowa co najmniej 4 osiowa (Załącznik nr 12D),
- d) profilarka torowa 2 osiowa (Załącznik 12E),
- e) profilarka torowa wielozadaniowa co najmniej 4 osiowa (Załącznik 12F).

2. wykonawca konsorcjum: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” sp. z o.o. dołączył do oferty zobowiązania podmiotów udostępniających mu następujący sprzęt:

- a) podbijarka torowa wielozadaniowa (Załącznik nr 12B),
- b) profilarka rozjazdowa co najmniej 4 osiowa (Załącznik nr 12D),
- c) profilarka torowa wielozadaniowa co najmniej 4 osiowa (Załącznik 12F)

3. wykonawca Budimex S.A. dołączył do oferty zobowiązania podmiotów udostępniających mu następujący sprzęt:

- a) podbijarka torowa wielozadaniowa (Załącznik nr 12B),
- b) profilarka rozjazdowa co najmniej 4 osiowa (Załącznik nr 12D).

Odwołujący Strabag w załączniku 12C dotyczącym podbijarki uniwersalnej, w pkt 4.1.-4.2. dotyczącym skrajni taboru („B. Skrajnia zgodna z G1, C. Zgodność z G2 kosztem ograniczeń przewozowych”), wpisał jako typ zachowanej skrajni: „C1”.

Pismem z dnia 07.10.2021 r. zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej i poinformował o wyniku badania i oceny ofert podając liczbę punktów uzyskanych przez każdego wykonawcę wraz z punktacją szczegółową w kryterium „Jakość sprzętu”. W ustalonej klasyfikacji ofert przystępujący zajął pierwsze miejsce, a odwołujący – drugie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp poprzez zaniżenie punktów przyznanych odwołującemu w ramach kryterium „Jakość sprzętu” w zakresie parametru skrajni taboru podbijarki wielozadaniowej. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w tym zakresie. W tej sytuacji postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej ww. zarzutu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu i dotyczących punktowania pojazdów udostępnionych wykonawcom przez podmioty trzecie, należy zauważyć, że zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp: Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

W ww. przepisie rzeczywiście ustawodawca wskazał, że wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby (tzw. „podmiotów trzecich”) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Należy jednak zauważyć, że przepis ten znajduje się w dziale II, rozdziale 2 ustawy Pzp pn. „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców”. Kwestia polegania na zasobach podmiotów trzecich została zatem uregulowana w tym rozdziale wyłącznie w takim zakresie, jaki jest konieczny do dokonania podmiotowej kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dlatego w przepisie tym wymienione zostały tylko warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji. Jedynie bowiem ocena spełniania warunków lub kryteriów selekcji jest niezbędna do dokonania przez zamawiającego podmiotowej kwalifikacji wykonawców. Oznacza to, że z brzmienia ww. przepisu nie można wywodzić braku możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia wymogów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Jak już bowiem wskazano, z racji umiejscowienia art. 118 ust. 1 ustawy Pzp w rozdziale pn. „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców”, nie może on dotyczyć kwestii oceny ofert i w konsekwencji – nie może zawierać uregulowań dopuszczających lub niedopuszczających poleganie na zasobach podmiotów trzecich w zakresie kryteriów oceny ofert.

W tym miejscu należy zauważyć, że zasady dotyczące kryteriów oceny ofert zostały opisane w tym samym dziale II, ale w rozdziale 7, zatytułowanym: „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Zgodnie z przepisami zamieszczonymi w tymże rozdziale ustawy Pzp (m.in. art. 240, art. 241, art. 243, art. 246 ustawy Pzp) kryteria oceny ofert muszą być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, muszą być związane z przedmiotem zamówienia, co do zasady nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy i co do zasady kryterium ceny nie może stanowić jedynego kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%. W przepisach dotyczących kryteriów oceny ofert nie została uregulowana kwestia polegania na zasobach podmiotów trzecich. Oznacza to, że ustawodawca nie wprowadził zakazu korzystania z tych zasobów w celu wykazania spełnienia wymogów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie brak regulacji w tym zakresie oznacza, że zamawiający jako gospodarz

postępowania może dopuścić korzystanie z ww. zasobów i przyznawać w kryteriach oceny ofert punkty za potencjał udostępniony przez podmioty trzecie, jak też może ustalić w swz, że punkty w takim przypadku nie będą przyznawane.

Reasumując, zastosowanie wykładni systemowej przepisu art. 118 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że nie stanowi on podstawy do wywodzenia, że niedopuszczalne jest korzystanie z zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie w celu wykazania spełnienia wymogów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Przepis ten znajduje się bowiem w rozdziale dotyczącym podmiotowej kwalifikacji wykonawców, zatem nie dotyczy kwestii dokonywania oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Z kolei przepisy ustawy Pzp dotyczące kryteriów oceny ofert nie zawierają regulacji odnoszącej się do korzystania z zasobów podmiotów trzecich, co oznacza, że to zamawiający decyduje o tym, czy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie przyznawał punkty za potencjał udostępniony wykonawcy przez podmiot trzeci i oceniany w ramach kryteriów oceny ofert.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie zawarł w postanowieniach swz zakazu korzystania z zasobów podmiotów trzecich do wykazania spełnienia wymogów w ramach kryterium „Jakość sprzętu”. Jak już wskazano wyżej, zakaz taki nie wynika także z przepisów ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający był uprawniony, a nawet zobowiązany do przyznania wykonawcom punktów w ww. kryterium za wykazane pojazdy udostępnione przez podmiot trzeci. Brak przyznania przez zamawiającego ww. punktów skutkowałby naruszeniem przez niego zarówno postanowień swz, jak i przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji – naruszeniem podstawowych zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Z ww. powodów Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne.

Należy ponadto zauważyć, na co zwrócił też uwagę zamawiający i przystępujący, że ani art. 22a ust. 1 ustawy Pzp obowiązujący do 31.12.2020 r., ani art. 118 ust. 1 ustawy Pzp obowiązujący od 01.01.2021 r. nie zawierają odniesienia do kryteriów oceny ofert. Tym samym przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r., jak i przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp z 2019 r. nie różnią się od siebie w tym zakresie. Jednocześnie na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp zostały wydane orzeczenia (np. przytoczone przez zamawiającego i przystępującego: wyrok z dnia 26.06.2018 r. o sygn. akt KIO 1093/18, wyrok z dnia 27.02.2020 r. o sygn. akt KIO 299/20), z których wynika, że przepisy ustawy Pzp nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Z uwagi na brak odmienności między przywołanymi wyżej przepisami w omawianym zakresie, ww. orzeczenia zachowują aktualność na gruncie nowych przepisów ustawy Pzp obowiązujących od 01.01.2021 r. Izba podtrzymuje zatem stanowisko wyrażone w ww. wyrokach.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zarzuty odwołującego dotyczące sposobu dokonania oceny ofert w kryterium „Jakość sprzętu”, mają charakter zmierzający do zakwestionowania opisu tego kryterium w swz. Należy zatem przypomnieć, że termin na zaskarżenie postanowień swz upłynął w 10-tym dniu od jej opublikowania (art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Odwołujący nie wniósł w stosownym czasie odwołania na brak w opisie kryterium „Jakość sprzętu” informacji o nieprzyznawaniu punktów za pojazdy udostępnione przez podmioty trzecie. Co więcej, jak wynika z oferty odwołującego, sam uznawał, że przyznanie punktów jest w tej sytuacji uprawnione, o czym świadczy fakt, że wykazał dysponowanie profilarką torową wielozadaniową 4-osiową (załącznik 12F) dzięki korzystaniu w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego.

Odnosząc się natomiast do poruszanej na rozprawie przez strony i przystępującego kwestii realności udostępnienia zasobów, dostrzec należy, że kwestia ta nie została podniesiona w odwołaniu. Wobec powyższego, jak też wobec faktu, że temat sposobu wykazywania realności udostępnienia zasobów nie ma wpływu na interpretację art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie odnosi się do argumentacji przedstawionej w tym zakresie na rozprawie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatny dowód złożony przez odwołującego w postaci opracowania własnego z wyszczególnieniem maszyn udostępnionych wykonawcom przez podmioty trzecie, ponieważ opracowanie to zawiera informacje wynikające już z dokumentacji postępowania. Tym samym opracowanie to opisuje jedynie w formie tabelarycznej stan faktyczny sprawy, natomiast nie stanowi potwierdzenia zasadności podniesionych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....