

Sygn. akt: KIO 2524/17

WYROK
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez **wykonawcę Maycon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **E. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BLASTREM z siedzibą w Elblągu**, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2524/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Maycon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Maycon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *poprawę współczynnika tarcia (parametrów szorstkości) nawierzchni w technologii śrutowania na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w podziale na 5 zadań*, numer sprawy 0/0L.D-3.2412.39.2017.Z-2. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 października 2017 r. za numerem 607314-N-2017. W dniu 25 października 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ z załącznikami wraz z opublikowanym ogłoszeniem o zamówieniu. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 22 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w informację o wyborze najkorzystniejszej we wszystkich 5 zadaniach oferty wykonawcy E. W.k prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BLASTREM z siedzibą w Elblągu – dalej Przystępujący. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

W dniu 27 listopada 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca Maycon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 listopada 2017 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i uprawnionego do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27 listopada 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- 1) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przystępującego, który to z uwagi, iż nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona;
- 2) przyjęcie przez Zamawiającego, podczas czynności badania i oceny ofert — w kryterium oceny ofert — termin realizacji — niemożliwego do zachowania terminu realizacji zamówienia.

Powyższej wskazanym czynnością Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przystępującego, który to z uwagi, iż nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany zgodnie z ustawą pzp;

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przystępującego, który to z uwagi, iż podlega wykluczeniu jego oferta powinna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany zgodnie z ustawą pzp;

3) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 91 ust. 2 d ustawy pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego podczas czynności badania i oceny ofert — w kryterium oceny ofert — termin realizacji — niemożliwego do zachowania terminu realizacji zamówienia, która to czynność narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji prowadząc do sytuacji, w której w zaistniałym stanie faktycznym, z uwagi na termin zawarcia umowy i przeszkody natury technicznej, zawarta umowa będzie umową o świadczenie niemożliwe;

4) art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o:

- merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w każdym z 5 zadań;
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu;
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Przystępującego a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, w każdym z 5 zadań;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego, w każdym z 5 zadań.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przedłożonych przez Zamawiającego, tj.: SIWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania w celu wykazania okoliczności uzasadniających wniesienie i uwzględnienie odwołania.

Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że zgodnie z bieżącym orzecznictwem Sądu Najwyższego, wyrażonym w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r., podjętej w wyniku rozpoznania pytań prawnych ws. sygn. akt. III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Wobec powyższego, wykazując interes we wniesieniu odwołania Odwołujący podniósł, że na skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ prowadzenie procedury przetargowej z ich wadliwym zastosowaniem miało niewątpliwie istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji Odwołujący został pozbawiony realnej możliwości uzyskania zamówienia, tym samym może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została mu przekazana w dniu 22 listopada 2017 r. Odwołujący oświadczył, że przekazał Zamawiającemu kopię odwołania zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy pzp.

Odwołujący przedstawił następnie stan faktyczny. Mianowicie wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nieprzekraczającej równowartość kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Przedmiotem zamówienia jest poprawa współczynnika tarcia (parametrów szorstkości) nawierzchni w technologii śrutowania na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Odział w Olsztynie w podziale na 5 zadań (Zadanie nr 1 — Rejon w Giżycku (łącznie 9360m²), Zadanie nr 2 — Rejon w Lidzbarku Warmińskim (łącznie 14357 m²), Zadanie nr 3 — Rejon w Olsztynie (łącznie 7316m²), Zadanie nr 4 — Rejon w Ostródzie (łącznie 6300m²), Zadanie nr 5 — Rejon w Szczytnie (łącznie 19166,50m²). Zamawiający w dniu 22 listopada 2017 r., zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 91 ust. 1 ustawy pzp przekazał wykonawcom informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Z przekazanych informacji wynikało, iż w ramach wszystkich 5 zadań, jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy Przystępującego.

Następnie Odwołujący podkreślił, iż przepisy prawa zamówień publicznych nakładają na Zamawiającego obowiązek wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najkorzystniejszą cenę lub koszt albo bilans ceny lub kosztu i innych pozacenowych kryteriów. Zgodnie z brzmieniem pkt 7.1. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki

udziału w postępowaniu. Nadto, w pkt 7.2 ppkt 3) lit. a ppkt 2) Zamawiający doprecyzował, iż odnośnie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca musi wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym m.in. co najmniej jednym samobieźnym urządzeniem śrutującym o wydajności min. 1000 — 1500 m²/h, zgodnie z zapisem SST: „3.1. Samobieźne urządzenie śrutujące wraz ze zintegrowanym układem odsysania pakowania urobku po śrutowaniu oraz śrutu stalowego, posiadający możliwość poruszania się głowicy roboczej zarówno ruchem liniowym jak i poprzecznym. 3.2. Magnesy wspomagające usuwanie śrutu. 3.3. Zamiatarki.” Ponadto, wykonanie prac zgodnie z zapisami SST: „- Zabieg śrutowania wykonany zostanie przez samobieźne urządzenie śrutujące. – W celu przyspieszenia realizacji, zalecane jest zastosowanie co najmniej dwóch urządzeń o szerokości roboczej 1m w tym samym czasie. - Urządzenie śrutujące muszą zapewnić w trakcie procesu śrutowania automatyczne odsysanie urobku z nawierzchni. - Pozostałości śrutu zostaną usunięte za pomocą wózków magnesowych, a inne powstałe zanieczyszczenia będą usunięte urządzeniami zmiatającymi. Uszorstnienie należy wykonywać specjalistycznym sprzętem, charakteryzującym się szybką i wydajną metodą śrutowania. W momencie stosowania metody nie może wytwarzać się kurz, a za pracującym sprzętem nie mogą zostawać inne materiały powstałe w procesie uszorstniania. Ze względów bezpieczeństwa dla poruszających się pojazdów, maszyna musi być wyposażona w odkurzacz, który wciąga wszystkie pozostałości ziaren kruszywa i asfaltu razem ze stalowym śrutem. Po przejściu maszyny nawierzchnia musi pozostać czysta i natychmiast gotowa do użytku. Wykonywanie zabiegu śrutowania nie może generować zagrożenia dla innych uczestników ruchu włącznie z pieszymi. Celem wykonania zabiegu śrutowania jest uszorstnienie warstwy nawierzchni, podnosząc tym samym bezpieczeństwo ruchu drogowego. Aby nie powodować dużych utrudnień w ruchu drogowym wydajność musi być na poziomie 1.000 — 1.500 m²/h, co spowoduje, że nie zajdzie potrzeba zamknięcia ruchu drogowego.”

Odwołujący wskazał na literaturę, w której podnosi się, że Zamawiający precyzuje warunki udziału w postępowaniu, aby wykluczyć sytuację, w której potencjalny wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2011 r., sygn. akt KIO 604/11. Sprzęt, którym dysponuje Przystępujący nie spełnia w ocenie Przystępującego definicji maszyny urządzenia samobieźnej. Zgodnie bowiem z definicją maszyna samobieźna — każdy pojazd z własnym napędem, który został zaprojektowany i zbudowany tak, że ze względu na swoją budowę nie jest przeznaczony do przewozu pasażerów ani towarów. Maszyny zamocowane na podwoziu pojazdu silnikowego nie są uznawane za maszyny samobieźne (Dyrektywa 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiająca ramy dla

homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów.) Odwołujący zaznaczył, że do realizacji prac częściami maszyn którymi dysponuje Przystępujący potrzebne jest zasilanie elektryczne, do wykazanej maszyny niezbędne jest posiadanie dodatkowo generatora prądotwórczego zamontowanego na samochodzie co jest sprzeczne z definicją maszyny samobieżnej. Ponadto, zgodnie z SIWZ maszyna musi posiadać zintegrowany układ odsysania— definicja zintegrowany: połączony w całość. Sprzęt, którym dysponuje Przystępujący nie stanowi zintegrowanego układu odsysania. Wykazany sprzęt jest jedynie poszczególnymi składnikami nie stanowiącymi zintegrowanego układu. Z oferty Przystępującego nie wynika jednoznacznie, iż dysponuje lub będzie dysponował urządzeniami, które charakteryzują się parametrami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Tym samym Zamawiający nie mógł w sposób nie budzący wątpliwości przyjąć, iż wykonawca spełnia warunki określone w SIWZ. Z uwagi na powyższe Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż Przystępujący nie udźwignął ciężaru wykazania, iż spełnia warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2722/12.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 3 odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem pkt 19.1.2 SIWZ — Kryterium „Termin Realizacji” Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe kryterium będzie rozpatrywane na podstawie terminu, zadeklarowanego przez wykonawcę w pkt. 5 Formularza Oferty. Ilość punktów zostanie przyznana w następujący sposób: Termin realizacji do 4 grudnia 2017 r.: 30 pkt, Termin realizacji do 8 grudnia 2017 r.: 15 pkt, Termin realizacji do 12 grudnia 2017 r.: 0 pkt. Zgodnie z treścią oferty Przystępującego dysponuje on jednym urządzeniem śrutującym o wydajności min. 1000 — 1500 m²/h . Mając na uwadze wydajność posiadanego urządzenia oraz inne warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ - wykonanie zabiegu śrutowania w terminie zadeklarowanym przez wykonawcę- tj. do 4 grudnia 2017 roku jest w ocenie Odwołującego niemożliwe i nierealne. Maksymalna wydajność dzienna tego urządzenia to 4000 - 6000 m². Przy zadeklarowanym terminie wykonania prac wraz z zatwierdzeniem projektów organizacji ruchu - do 4 grudnia 2017 roku wykonawca Przystępujący nie ma technicznej i realnej możliwości wykonania więcej niż 24 000 - 30 000 m², to jest blisko połowy wymaganego zamówienia. Podważa to prawidłowość oceny podjętej przez Zamawiającego w zakresie kryterium terminu realizacji wskazanego przez wykonawcę. Tym samym, w ocenie Odwołującego zachodzi realna obawa, co do rzetelności i realności złożonej przez wykonawcę oferty.

Odwołujący stwierdził dalej, iż mając na uwadze przywołaną argumentację, odnośnie wydajności maszyn, które zostaną użyte do realizacji zamówienia oraz fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego może być jedynie realizowana przez wykonawcę, który

daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a jego oferta w danym postępowaniu została wybrana jako najkorzystniejsza, wykonawca nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania, Zamawiający nie powinien przyjąć takiego zobowiązania. W takim przypadku nastąpiłby bowiem skutek przewidziany w art. 387 § 1 k.c., który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwołujący wskazał również, że wielokrotnie dawał wyraz zaniechaniom, których dopuścił się Zamawiający, jak również nieprawidłowym czynnościom podejmowanym przez Zamawiającego kierując liczne pisma w tej sprawie. Zamawiający już na etapie oceny i badania ofert posiadał stosowną wiedzę w tym przedmiocie, a mimo wszystko nie podjął niezbędnych czynności prowadzących do zapewnienia prawidłowego toku prowadzonego Postępowania. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem KIO Zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, iż nieprawidłowe czynności podejmowane przez Zamawiającego w ramach toczącego się postępowania miały istotny wpływ na jego wynik. Zamawiający dokonał bowiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona.

W dniu 28 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail). Kopia odwołania została również zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 30 listopada 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca E. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BLASTREM z siedzibą w Elblągu. Zgłoszenie zostało podpisane przez właścicielkę. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu w dniu 29 listopada 2017r. Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego jako wykonawca, któremu udzielono w/w zamówienia publicznego w wyniku oceny przez Zamawiającego ofert złożonych w przedmiotowym przetargu nieograniczonym. W ocenie Przystępującego czynność wyboru wykonawcy została dokonana prawidłowo, a stawiane w treści odwołania zarzuty są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z otrzymaną informacją oferta złożona przez Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą i wybrana przez Zamawiającego. Rozstrzygnięcie odwołania zgodnie z

bezpodstawnym żądaniem Odwołującego pozbawi Przystępującego zamówienia publicznego, podczas kiedy jego oddalenie umożliwi zawarcie z Przystępującym umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z rozstrzygnięciem przetargu.

Zamawiający w dniu 7 grudnia 2017r. złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania Zamawiający wskazał, iż odróżnienia wymaga czym jest warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, opisany w pkt 7.2.3.a.2. IDW (Tom I SIWZ), a czym innym przedmiot zamówienia i sposób, w jaki należy je zrealizować, opisane w Tomie III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia SST. Przez warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie (przesłanki podmiotowe). Opis przedmiotu zamówienia zawiera natomiast szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji (przesłanki przedmiotowe). Zamawiający w pkt 7.2.3.a.2 IDW (Tom I SIWZ) wskazał, iż Wykonawca w celu realizacji zamówienia wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym: 1 szt. Samobieżne urządzenie śrutujące o wydajności min. 1000 - 1500 m²/h; 1 szt. Wózek magnesowy; 1 szt. Zamiatarka mechaniczna. Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 7 listopada 2017 r. Zamawiający wyjaśnił, że zarówno Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie jednego zadania jak i większej ilości zadań musi spełniać warunek z SIWZ w jednakowym stopniu tj. Zamawiający nie wymagał wykazania większej ilości sprzętu w przypadku, gdy Wykonawca składał ofertę na więcej niż jedno zadanie - co pozostaje bezsporne. Zamawiający pismem nr 0/0L.D-3.2412.39.2017.Z-2.6 z dnia 14 listopada 2017 r. wezwał wykonawcę Przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp do złożenia oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Z przedłożonego przez Przystępującego w dniu 16 listopada 2017 r. wykazu sprzętu (sporządzonego na wzorze przekazanym przez Zamawiającego) wynika, iż Przystępujący posiada sprzęt opisany w pkt 7.2.3.a.2 IDW (Tom I SIWZ) oraz jest jego właścicielem. Oświadczenie nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że nie jest uprawniony do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o zapisy Tomu III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - SST, czego bezpodstawnie oczekuje Odwołujący. Odwołujący twierdzi, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego potencjału technicznego, ponieważ nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, co wskazuje na mylne rozumienie przepisów ustawy pzp przez Odwołującego w tym zakresie. Odwołujący w swoim wywodzie wskazuje szereg parametrów, jakich rzekomo nie spełnia sprzęt posiadany przez Przystępującego, natomiast wyłącznie jeden z kwestionowanych parametrów (konkretnie: „samobieżność urządzenia”) dotyczy warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 7.2.3.a.2 IDW (Tom I SIWZ). Odwołujący przywołuje definicję „maszyny samobieżnej” z Dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów. Zamawiający zaznaczył, iż w warunku wskazał, że wymaga „urządzenia samobieżnego”, a nie „maszyny samobieżnej”. Jednocześnie Zamawiający nie wymagał w postawionym warunku aby „urządzenie samobieżne” posiadało homologację zgodnie z przywołaną Dyrektywą, wobec czego ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu na tej podstawie byłaby sprzeczna z treścią postawionego warunku oraz naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji. Na potwierdzenie swoich zarzutów Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, opierając się jedynie na dokumentach jakie otrzymał od Zamawiającego. Zamawiający zaznacza, że parametry sprzętu (należącego do Przystępującego) zostały wskazane i potwierdzone przez Wykonawcę w przekazanym Zamawiającemu na jego wezwanie formularzu Wykaz sprzętu. Zamawiający dokonał oceny ofert, braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy oraz spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, których mógł zażądać w ramach postępowania, zgodnie z zapisami SIWZ i żaden z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów Przystępującego nie budził jego wątpliwości. Zamawiający stanowczo nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego jakoby z oferty Przystępującego nie wynikało jednoznacznie, iż dysponuje lub będzie dysponował urządzeniami, które charakteryzują się parametrami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe wynika z przedłożonego przez Przystępującego w dniu 16 listopada 2017 r. wykazu sprzętu. Zamawiający nie uznał również argumentu Odwołującego, opartego na własnych, niczym nie popartych wyliczeniach, że Przystępujący nie ma technicznej i realnej możliwości wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany był w ramach niniejszego postępowania do wykazania po 1 sztuce sprzętu opisanego w pkt 7.2.3.a.2 IDW (Tom I SIWZ), bez względu na to do ilu zadań składał ofertę, czemu Przystępujący sprostał. Wykonawca miał jedynie wykazać, iż spełnia minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy wykazania całości sprzętu jakim dysponuje.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania w ocenie Zamawiającego powyższy zarzut należy uznać za spóźniony w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ dotyczy on w całości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Specyfikacja została zamieszczona

przez Zamawiającego na stronie internetowej jednocześnie z opublikowaniem Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 25 października 2017 r. Odwołujący, ani żaden z innych Wykonawców nie wykazał żadnych wątpliwości co do treści ustalonych przez Zamawiającego Kryteriów Oceny Ofert, ani w postaci odwołania, ani w formie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający kwestionuje twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie będzie w stanie wykonać zamówienia w terminie. W ocenie Zamawiającego Przystępujący był gotowy do podpisania umów w dniu 28 listopada 2017 r. w zakresie wszystkich zadań, na które złożył ofertę (wynika to z rozmów telefonicznych przeprowadzanych z Przystępującym, dotyczących m.in. formy w jakiej należy przedstawić szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych, o których mowa w § 4 ust. 2 umowy oraz Projektów Czasowej Organizacji Ruchu, o których mowa w § 8 ust. 2 pkt 9). Przystępujący przekazał również na wniosek Zamawiającego wszelkie informacje niezbędne do zawarcia umowy. Zdaniem Zamawiającego wszelkie czynności wykonywane przez Przystępującego zmierzały do zawarcia umów. Zamawiający zaznaczył, iż zarówno Przystępujący jak i Odwołujący zadeklarowały ten sam termin realizacji w ramach wszystkich zadań, na które składały ofertę - tj., że zrealizują zamówienie do dnia 4 grudnia 2017 r. Stawianie w treści odwołania takiego twierdzenia jest dla Zamawiającego zupełnie niezrozumiałe, ponieważ prowadzi ono do wniosku, iż Odwołujący składając swoją ofertę również nie wykazał się realnym i rzetelnym podejściem, gdyż złożył ją na tożsamy warunkach. Wobec powyższego niezasadne są twierdzenia Odwołującego, że umowa z Przystępującym byłaby umową o świadczenie niemożliwe.

W zakresie zarzutu 4 odwołania Zamawiający oświadczył, że dokonał wyboru oferty Przystępującego zgodnie z przepisami ustawy pzp. Wykonawca Przystępujący nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego oraz otrzymał najwięcej punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w niniejszym postępowaniu przetargowym. Mając to na względzie niemożliwy i niczym nieuzasadniony byłby wybór oferty Odwołującego. Wskazał iż nawet gdyby odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, to zgodnie z żądaniem Odwołującego niemożliwe byłoby automatyczne wykluczenie Przystępującego oraz wybór oferty Odwołującego, z pominięciem przepisu art. 26 ust 3 ustawy pzp tj. brakiem wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego wszelkie zarzuty przedstawione w odwołaniu są bezzasadnie i nieoparte żadnymi dowodami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmian ogłoszenia, SIWZ wraz z załącznikami, modyfikacji treści SIWZ, wyjaśnień treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, pisma Zamawiającego z dnia 14 listopada 2017 r. wzywającego do

złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy pzp, oferty Przystępującego oraz złożonych przez niego dokumentów z dnia 16 listopada 2017 r., pism Odwołującego z dnia 14 i 24 listopada 2017 r. oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w wszystkich pięciu zadaniach.

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

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu (zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający postawił m.in. następujący warunek: „Wykonawca w celu realizacji zamówienia wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym: 1. Samobieżne urządzenie śrutujące o wydajności min. 1000-1500 m²/h, min. ilość jednostek 1; 2. Wózek magnesowy, min. ilość jednostek 1; 3. Zamiatarka mechaniczna, min. ilość jednostek 1.” Na potwierdzenie spełniania przez wykonawców tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zgodnie z pkt III 5.1) a) żądał: „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami”. W pkt III.6) ogłoszenia o zamówieniu (wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp – spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego) Zamawiający wpisał – „nie dotyczy”.

W pkt 7.2 3) lit. a 2) TOM I SIWZ Zamawiający określił następujący warunek” „Wykonawca w celu realizacji zamówienia wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym: 1. Samobieżne urządzenie śrutujące o wydajności min. 1000-1500 m²/h, min. ilość jednostek 1; 2. Wózek magnesowy, min. ilość jednostek 1; 3. Zamiatarka mechaniczna, min. ilość jednostek 1”. W pkt 9.7 1) lit. b TOM I SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca na wezwanie zamawiającego jest zobowiązany do złożenia: „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami”.

Pismem z dnia 7 listopada 2017 r. Zamawiający wyjaśnił treść SIWZ, a mianowicie na pytanie: „Czy wykonawca powinien wykazać się spełnieniem powyższego warunku zarówno dla 1 zadania jak i dla 5 zadań, w którym to przetargu zamierza złożyć ofertę?” Zamawiający odpowiedział: „zarówno na 1 zadanie jak i dla 5 zadań Wykonawca musi spełniać warunek z SIWZ tj. Wykonawca w celu realizacji zamówienia wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym: 1. Samobieżne urządzenie śrutujące

o wydajności min. 1000-1500 m²/h, min. ilość jednostek 1: 2. Wózek magnesowy, min. ilość jednostek 1; 3. Zamiatarka mechaniczna, min. ilość jednostek 1.”

Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 14 listopada 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy pzp do złożenia m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami wyznaczając Wykonawcy termin do dnia 21 listopada 2017 r. Zamawiający dołączył do pisma wzór wykazu, zgodnie z którym Wykonawca miał potwierdzić spełnianie wyszczególnionych w wykazie parametrów (Samobieżne urządzenie śrutujące o wydajności min. 1000-1500 m²/h, Wózek magnesowy, Zamiatarka mechaniczna) poprzez zakreślenie TAK lub NIE oraz wskazać podstawę dysponowania.

W dniu 16 listopada 2017 r. Przystępujący złożył wymagane na wezwanie dokumenty i w wykazie sprzętu na potwierdzenie wskazanych tam parametrów zaznaczył TAK oraz określił podstawę dysponowania: własność.

Pismami z dnia 14 i 24 listopada Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przekazanie dokumentów, z których wynika posiadanie przez Przystępującego urządzeń śrutujących wraz z podaniem ich nazwy, typu, danych technicznych potwierdzających, że spełniają one warunki opisane w SST i SIWZ.

W pkt IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 19.1. TOM I SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena 60,00, termin realizacji 30,00, Doświadczenie Kierownika Robót 10,00. W pkt 19.1.2. TOM I SIWZ punkty za termin realizacji miały zostać przyznane w następujący sposób: termin realizacji do 4 grudnia 2017 r. – 30 pkt, do 8 grudnia 2017 r. – 15 pkt, do 12 grudnia 2017 r. – 0 pkt.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 13 listopada 2017 r. Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty na wszystkie 5 zadań oferując termin wykonania do 4 grudnia 2017 r. (termin wynika również z oferty złożonej przez Przystępującego).

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 listopada 2017 r. za najkorzystniejszą w każdym zadaniu została uznana oferta Przystępującego.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp – O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy pzp - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.

art. 22d ust. 1 ustawy pzp - Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

art. 24 ust. 4 ustawy pzp – Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy pzp - W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

art. 91 ust. 1 i 2 ustawy pzp – 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

art. 91 ust. 2d ustawy pzp – 2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

§ 2 ust. 4 pkt 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) – „4. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności

technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 3) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy i jako takie jest skuteczne. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę E. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BLASTREM z siedzibą w Elblągu, w charakterze uczestnika postępowania.

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

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę w zakresie wszystkich 5 części zamówienia (sklasyfikowaną na miejscu drugim zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty). W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia na wszystkie części zamówienia i związaną z tym utratą korzyści.

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. Zarzut 1, 2 i 4 odwołania.

Izba dokonuje uzasadnienia nieuwzględnienia wyżej wskazanych zarzutów łącznie, gdyż dotyczą tej samej okoliczności, a mianowicie zarzutu, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym, w konsekwencji czego powinien zostać wykluczony z postępowania, jego oferta odrzucona, a oferta Odwołującego uznana za najkorzystniejszą.

Izba oceniła, iż zarzuty nie potwierdziły się w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej. Oceniając tę zdolność zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące potencjału technicznego wykonawcy, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy pzp). Jednocześnie Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę

zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. „Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że "warunki udziału w postępowaniu" i "opis przedmiotu zamówienia" to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej” (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 901/17). ”Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Oznacza to, że zamawiający może w tym zakresie brać pod uwagę jedynie te intencje i zamierzenia, które wynikają explicite z treści stawianych wykonawcom warunków. Jakiegokolwiek odstępstwo od tak rozumianej oceny skutkowałoby nieuchronnie całkowitą dowolnością działań zamawiającego, która byłaby nie do pogodzenia z koniecznością poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 94/16). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz podaje wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie ustalonych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5) i 6) ustawy pzp), przy czym zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp). Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) wymienia maksymalny zakres dokumentów jakich można żądać w ramach postępowania, niemniej to do zamawiającego należy określenie, które z nich jako niezbędne powinny być złożone przez wykonawców w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania przez nich warunków podmiotowych. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jeśli wykonawca nie wykaże spełnienia postawionych warunków powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta winna zostać odrzucona (art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 24 ust. 1 pkt 12) i ust. 4 ustawy pzp). Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który

został opisany, skonkretyzowany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełnienia, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w nim (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 901/17).

W niniejszym postępowaniu Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Argumentując powyższe wskazywał, że z oferty Przystępującego nie wynika, iż dysponuje lub będzie dysponował urządzeniami, które charakteryzują się parametrami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, w tym w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący niezasadnie zrównuje warunki udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają być zakotwiczone w przedmiocie zamówienia, nie oznacza to jednak że mają one obejmować wszystkie elementy tego przedmiotu. Zamawiający określił w SIWZ warunek dotyczący dysponowania potencjałem technicznym poprzez wskazanie, że wykonawca w celu realizacji zamówienia wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującym potencjałem technicznym: 1 szt. Samobieżne urządzenie śrutujące o wydajności min. 1000 - 1500 m²/h; 1 szt. Wózek magnesowy; 1 szt. Zamiatarka mechaniczna. Jednocześnie – co pozostaje bezsporne - Zamawiający nie wymagał wykazania większej ilości sprzętu w przypadku, gdy wykonawca składał ofertę na więcej niż jedno zadanie. Na potwierdzenie spełnienia tegoż warunku wykonawca miał złożyć wykaz sprzętu, przy czym Zamawiający kierując wezwanie do Przystępującego dołączył do niego wzór wykazu, w którym Przystępujący miał wskazać czy danym sprzętem dysponuje – TAK lub NIE oraz określić podstawę dysponowania. Przystępujący złożył wykaz, w którym oświadczył, że posiada sprzęt opisany w pkt 7.2 3) lit. a 2) TOM I oraz jest jego właścicielem. Na rozprawie potwierdził powyższe oraz wskazał, że sprzęt posiada nawet wyższą wydajność niż oczekiwał Zamawiający – na poziomie 2000 m²/h. Jak zaznaczył Zamawiający oświadczenie złożone przez Przystępującego nie budziło jego wątpliwości. Izba podziela twierdzenia Zamawiającego i uznaje je za własne. Dokument złożony przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku w całości wyczerpuje opisany przez Zamawiającego w SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w żadnym miejscu Specyfikacji Zamawiający nie określił, że żąda na potwierdzenie spełnienia warunków wskazania nazwy, typu czy wszystkich danych technicznych opisanych w SST. Niedopuszczalnym byłoby rozszerzenie tegoż warunku na etapie oceny jego spełnienia przez wykonawców, naruszałoby to zasadę przejrzystości

i równego traktowania wykonawców. Zamawiający za wystarczające uznał złożenie podanego wyżej oświadczenia w ograniczonym zakresie, co stanowiło jego uprawnienie. To Zamawiający formułuje warunki w sposób, który pozwala na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, a jednocześnie daje możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Na rozprawie Odwołujący podniósł, że oferta Przystępującego nie spełnia warunków SIWZ, że parametry oferowanego sprzętu nie spełniają wymogów Specyfikacji. Powyższe wskazuje na błędną interpretację przepisów ustawy pzp dokonaną przez Odwołującego. Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a jedynie spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1). Izba zważyła, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający prawidłowo zbadał spełnienie postawionego warunku i w konsekwencji należytego badania i oceny ofert nie mógł zachować się inaczej aniżeli dokonać wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Na marginesie Izba wskazuje w zakresie zarzutów Odwołującego, iż Przystępujący nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, iż Odwołujący jeśli uważał, że postawiony przez Zamawiającego warunek nie pozwala w wystarczającym stopniu na ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, mógł taki zarzut sformułować czy zasygnalizować Zamawiającemu na etapie ogłoszonego postępowania za pomocą stosownego środka ochrony prawnej czy w formie zapytań o wyjaśnienie i zmianę treści SIWZ.

Ad. Zarzut 3 odwołania.

Izba zważyła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego podczas czynności badania i oceny ofert — w kryterium oceny ofert — termin realizacji — niemożliwego do zachowania terminu realizacji zamówienia, która to czynność narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji prowadząc do sytuacji, w której w zaistniałym stanie faktycznym, z uwagi na termin zawarcia umowy i przeszkody natury technicznej, zawarta umowa będzie umową o świadczenie niemożliwe. Odwołujący podważał w tym zakresie, że zadeklarowany najkrótszy z podanych w kryteriach termin wykonania umowy przy wykazaniu się przez Przystępującego dysponowaniem wyłącznie jednym urządzeniem śrutującym i koniecznością zatwierdzenia projektów organizacji ruchu jest niemożliwy do dotrzymania. Zamawiającego kwestionował powyższy zarzut, gdyż w jego ocenie należało go uznać za spóźniony w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający podważał twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie będzie w stanie wykonać zamówienia w terminie. W ocenie Zamawiającego Przystępujący był gotowy do podpisania umów w dniu 28 listopada

2017 r. w zakresie wszystkich zadań, na które złożył ofertę, przekazał również na wniosek Zamawiającego wszelkie informacje niezbędne do zawarcia umowy, zatem wszystkie czynności wykonywane przez Przystępującego zmierzały do zawarcia umów. Przystępujący możliwość zrealizowania umowy w terminie potwierdził także na rozprawie. Izba zaznacza, że Odwołujący sformułował zarzut w oparciu o treść art. 91 ust. 2d ustawy pzp, który stanowi, że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący dążąc do podważenia prawidłowości wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej posługuje się argumentacją, która zmierza do zakwestionowania kryteriów oceny ofert w postępowaniu. W ocenie Izby, zabieg ten nie może okazać się skuteczny, bowiem termin na kwestionowanie treści ogłoszenia i SIWZ upłynął, jest to termin zawity i jako taki jest nieprzywracalny (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp). Odwołujący, jeśli uważał, że terminy podane w kwestionowanym kryterium oceny ofert są za krótkie mając na względzie specyfikę zamówienia, a tym samym niemożliwe do zaoferowania, mógł skorzystać ze stosownego środka ochrony prawnej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zaniechanie powyższego powoduje, że na obecnym etapie postępowania formułowanie zarzutów wobec treści ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ musi spotkać się z uznaniem, że zarzut ten jest spóźniony, a zatem twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają poza oceną Izby Zamawiający przewidział w SIWZ kryteria oceny ofert i według tych kryteriów w sposób prawidłowy przyznawał Wykonawcom punkty. Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący podważa dokonany w ten sposób wybór oferty Przystępującego, pomimo iż sam zaoferował tożsamy termin realizacji zamówienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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 ze zm. z 2017 r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: