Sygn. akt: KIO 1766/20

WYROK

z dnia 11 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 września 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.07.2020 r. przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez Stadion w Zabrzu Sp. z o.o., ul. F. Roosevelta 81, 41-800 Zabrze przy udziale wykonawcy InterHall Sp. z o.o., ul. Milowicka 1f, 40-312 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący: .....

uzasadnienie

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w

trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych polegających przebudowie części zespołu boisk treningowych przy ul Olimpijskiej w Zabrzu (numer referencyjny SZ/ZP/1/2020).

Nr ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych: 549173-N-2020 z dnia 9

czerwca 2020r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Panorama Obiekty Sportowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (zwanej dalej: „Odwołujący się"), w oparciu o przepisy art. 179 ust. I w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (zwanej dalej: „PZP"), odwołuję się od czynności Zamawiającego - Stadion w Zabrzu sp. z o.o. (zwany dalej: „Zamawiającym") z dnia 22 lipca 2020 roku (doręczonej odwołującemu w dniu

22 lipca 2020 roku), w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym

postępowaniu.

Dokonanej czynności Zamawiającego stawiam naruszenie następujących przepisów:

1. W zakresie oferty spółki: Interhall sp. z o. o :

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, poprzez nie wykluczenie Wykonawcy Interhall sp. z o.o.,

pomimo nie spełnienia wymogu doświadczenia, gdyż nie sposób uznać, że przedłożenie zobowiązania do użyczenia mu zasobów od podmiotów, z których żaden nie spełnia samodzielnie tego wymogu, jest wystarczające dla uznania, że wymóg ten został spełniony.

2. art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez nie wykluczenie Wykonawcy

Interhall sp. z o.o., pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem podmioty trzecie, na którego zasoby się powołał, nie miały zrealizować zamówienia.

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez jego niezastosowanie,

polegające na wyborze oferty, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem dowolne manipulowanie posiadanym doświadczeniem, polegające na bezrefleksyjnym sumowaniem różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, celem uzyskania zamówienia

publicznego, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu

4. art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która jest niezgodna z ustawą, w zakresie oświadczenia Wykonawcy Interhall sp. z o.o., znajdującego się w pkt. 9 oferty, ze względu na powołanie się na nieobowiązującą normę prawną, tj. art. 26 ust. 2b PZP.

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 22a ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie,

polegające na wyborze oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 12, ppkt. 2 lit. c. SIWZ), ze względu na brak przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP w odniesieniu do podmiotu - Gosław Sport Center sp. z o.o., na zasobach którego Wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 i 4 PZP, a który to podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najbardziej korzystnej, oferty złożonej przez: Interhall sp. z o.o.,

2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia: Interhall sp. z o.o. z postępowania, względnie

odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako niespełniającej wymogów SIWZ,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny wszystkich ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W zakresie wniosków dowodowych, Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1. odpisu pisma Odwołującego z 21 lipca 2020 r. - na fakt ustalenia, że Zamawiający został poinformowany przez Odwołującego, że oferta Wykonawcy Interhall sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie stawianego warunku wykonania co najmniej trzech boisk o nawierzchni z trawy naturalnej o minimalnych wymiarach 100 x 65 m. w tym minimum jedno boisko o nawierzchni z trawy wysiewanej lub z rolki wyposażone w następujące instalacje: odwadniającą (drenaż), nawadniającą, ogrzewania murawy o wartości zadania min. 1.500.000,00 PLN - co stanowi podstawę dla wykluczenia Interhall sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu,

2. odpisu pisma Zamawiającego z 22 lipca 2020 r. - na fakt ustalenia, że Zamawiający powołując się na nieobowiązującą normę prawną, tj. art. 26 ust. 2b PZP jest w błędzie, polegającym na uznaniu, że związek podmiotu udostępniającego zasób z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi on się na wykorzystanie swojego potencjału do oceny spełnienia warunków Wykonawcy, podczas gdy w świetle art. 22a ust. 4 PZP podmiot udostępniający zasób wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia ma bowiem po prostu zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby, a nie jedynie wziąć udział w realizacji zamówienia.

Ponadto Odwołujący wnosi o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

uzasadnienie odwołania

I. [Termin do wniesienia odwołania]

Odwołujący wskazuje, iż powziął wiedzę o zaskarżonej czynności Zamawiającego w dniu 22 lipca 2020 roku. Z uwagi, iż wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zaś czynność Zamawiającego została przesłana w drodze komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 180 ust. 5 PZP, tym samym 5-dniowy termin do wniesienia odwołania, mija z dniem 27 lipca 2020. Niniejsze odwołanie wnoszone jest drogą elektroniczną, na zasadzie art. 180 ust. 4 i 5 PZP, zaś Zamawiającemu doręczono kopię odwołania drogą elektroniczną.

II. [Interes w postępowaniu]

Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż złożył on ofertę spełniającą wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ i w przypadku potwierdzenia się zarzutów niniejszego odwołania i w konsekwencji - odrzucenia oferty albo wykluczenia Wykonawcy Interhall sp. z o.o. - oferta złożona przez Odwołującego byłaby najbardziej korzystna, jako uzyskująca najwyższą punktację. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylenia czynności Zamawiającego oraz powtórzenia czynności badania oceny ofert, Odwołujący ma szanse wygrać postępowanie przetargowe i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w braku wniesienia odwołania nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

III. [Zarzuty odwołania]

Odwołujący podnosi, że Wykonawca Interhall sp. z o.o. nie spełnia warunku doświadczenia stawianego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. wykonania co najmniej trzech boisk o nawierzchni z trawy naturalnej o minimalnych wymiarach 100 x 65 m. W tym minimum jedno boisko o nawierzchni z trawy wysiewanej lub z rolki wyposażone w następujące instalacje: odwadniającą (drenaż), nawadniającą, ogrzewania murawy o wartości zadania min. 1.500.000,00 PLN, w stopniu całkowitym, w zakresie niedającym się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy w oparciu o normę art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Wykonawca, celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia, oparł się na zasobach innych podmiotów - Gosław Sport Center sp. z o.o. (2 wykonane boiska) oraz G. S. Chameleon Construction (1 wykonane boisko). Żaden z tych podmiotów nie spełnia samodzielnie postawionego w SIWZ warunku. Odnośnie osoby Wykonawcy nalepy podkreślić, że nie wykonał on ani jednego boiska spełniającego wymagania postawione w SIWZ.

W ocenie Odwołującego przedstawienie zobowiązań do użyczenia Wykonawcy zasobów, pochodzących od różnych podmiotów na spełnienie tego samego warunku, w sytuacji gdy żaden z tych podmiotów nie spełnia tego warunku samodzielnie, podczas gdy w przypadku wymogu w zakresie doświadczenia (w postaci realizacji przynajmniej trzech boisk określonego rodzaju), nie sposób uznać, że wymóg ten jest spełniony, gdy Wykonawca powołuje się na doświadczenia dwóch różnych podmiotów, z których żaden nie posiada wymaganego doświadczenia, a posiada ewentualnie jedynie doświadczenie "ułamkowe" względem wymaganego doświadczenia, powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, które obejmuje wykonanie co najmniej 3 boisk - czyli trzech kompletnych i całościowych robót budowlanych - stanowi warunek szczególny, gdyż nie sposób dokonać w sposób logiczny sumowania doświadczenia dwóch odrębnych podmiotów, to jest GOSŁAW SPORT CENTER sp. z o.o. oraz Chameleon Construction G. S., którzy wykonali jedynie, odpowiednio, 2 oraz 1 wymagane boisko. Zważywszy na to żaden z tych podmiotów nigdy nie osiągnął koniecznego stopnia doświadczenia, które mógłby przekazać Wykonawcy. Jest to o tyle istotne, że ratio legis art. 22a ust. 1 i 4 sprowadza do przekazania konkretnego - wymaganego doświadczenia, a nie jakiekolwiek (a nadto niepełnego) doświadczenia.

Żaden ze wspomnianych podmiotów udostępniających doświadczenie na rzecz Wykonawcy nie posiada wymaganego doświadczenia, zatem żaden z nich, ani wspólnie, nie jest w stanie przekazać wykonawcy doświadczenia, jakie jest wskazane w SIWZ. Użyczenie przez każdego z nich doświadczenia w wykonaniu, odpowiednio, 1 i 2 boisk, nie oznacza automatycznie, że Wykonawca uzyskuje doświadczenie w wykonaniu co najmniej 3 boisk. Podmioty, z których jeden wykonał 1 boisko, a drugi wykonał 2 boiska, nie mają zatem doświadczenia, które może być nabyte wówczas tylko, gdy przez jeden podmiot zostanie wykonane co najmniej 3 boiska o wskazanych parametrach.

Nie ulega wątpliwości, że doświadczenie jest nabywane jako kompleksowy, ujęty w pewne ramy proces. Tym samym celem nabycia doświadczenia związanego z wykonaniem trzeciego boiska, dany podmiot musi uprzednio wykonać drugie, a jeszcze wcześniej pierwsze boisko. Budując drugie boisko, poddaje krytycznej analizie i porównuje swoje zachowania i doświadczenia, które miał podczas budowy pierwszego boiska. Z kolei wznosząc trzecie boisko porównuje swoje doświadczenia z budową wcześniejszych dwóch boisk. W ocenie Odwołującego warunek: „wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu co najmniej trzech boisk” oznacza pewnego rodzaju stan, który nie może zostać osiągnięty w inny sposób, niż rzeczywiste wykonanie trzech boisk, gdyż przeczyłoby to istocie samego pojęcia „doświadczenie”. Otóż człowiek może nabywać doświadczenie jedynie w trakcie wykonywania danego dzieła, gdy jednocześnie z wykonywaniem tego dzieła dokonuje intelektualnych procesów, refleksji i analiz porównawczych względem wcześniej wykonanych przez siebie dzieł.

Dany podmiot w trakcie wykonywania drugiego i trzeciego boiska może porównać swoje działania z czasu realizacji pierwszego, uzyskując w ten sposób lepszą wiedzę odnośnie realizacji zadań o określonym stopniu skomplikowania. Wykonawca korzystający z doświadczenia dwóch podmiotów, które wykonały wcześniej, odpowiednio, po jednym i dwóch boiskach w żadnym wypadku nie będzie na równi z wykonawcą, który korzysta z doświadczenia jednego podmiotu który sam wykonał trzy boiska. Tylko bowiem w tym drugim przypadku wykonawca będzie mógł oprzeć się o doświadczenie podmiotu, który już zweryfikował swoje wcześniejsze doświadczenie i który pokazał, że właściwe wykonanie zamówienia nie było przypadkiem, ale rzeczywiście posiada on właściwe umiejętności pozwalające mu na należyte wykonanie zamówienia publicznego (dającego rękojmię działania, które nie spowoduje zmarnowania środków publicznych).

Dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu znaczenie mają postanowienia SIWZ obowiązujące w danym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego postępowanie Wykonawcy, korzystającego z zasobów podmiotów trzecich, sumującego doświadczenia od dwóch różnych podmiotów mogłoby być uzasadnione, gdyby takie uprawnienie przewidywał SIWZ (co i tak zdaniem Odwołującego się byłoby kontrowersyjne). Z treści obowiązującego SIWZ nie wynika jednakże, aby Zamawiający

dopuścił możliwość sumowania w przedstawiony powyżej sposób doświadczeń przez wykonawcę, tym samym takie zachowanie należy uznać za nieuprawnione. Potwierdza to orzecznictwo Izby. Tytułem przykładu w wyroku z 29 listopada 2016 roku, (sygn. akt: KIO 2169/16), Izba stwierdziła, że cyt.: „Fakt, że Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ szczególnych wymagań dotyczących oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie nie oznacza - wbrew twierdzeniu Odwołującego - ze Zamawiający może lub powinien oczekiwać innej wiedzy od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, łub dokonywać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odmienny sposób.

Wręcz przeciwnie. Zamawiający, zamierzając złagodzić swoje wymagania, podkreślając, że nie zależy mu na krotności wykonania usługi, mógłby wskazać w SIWZ, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą przedstawić doświadczenie dwóch różnych podmiotów, W ocenie Izby bowiem właśnie takie odstępstwo powinno zostać wskazane w treści SIWZ. Zaś ogólną zasadą (i jako taką nie wymagającą wyrażenia jej wprost w treści SIWZ) jest wykazanie przez każdy z podmiotów ubiegających się o zamówienie, niezależnie od tego, czy jest to podmiotu występujący pojedynczo, czy wielokrotnie złożony (utworzony przez klika podmiotów) - krotności zrealizowanych usług, tj. większego doświadczenia. ”,

Zważywszy na to, że Zamawiający nie złagodził w SIWZ wymagań dotyczących możliwości sumowania doświadczeń, należy wskazać, że zastosowanie będzie miała ogólna zasada, polegająca na konieczności spełnienia wymogu doświadczenia przez co najmniej jeden z podmiotów. O zakazie łączenia potencjałów w sposób automatyczny oraz bezrefleksyjny Izba

wypowiadała się wielokrotnie (np. wyrok z 7 lutego 2017 roku, sygn. akt: KIO 167/17).

Ponadto w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 12 listopada 2014 roku (sygn. akt: VIII Ga 327/14), którego stan faktyczny dotyczył co prawda możliwości łączenia potencjałów w ramach konsorcjum, lecz argumentacja w nim użyta może rzucać także światło na aspekt

łączenia potencjałów podmiotów trzecich udostępniających zasoby - Sąd krytycznie ocenił możliwość sumowania potencjałów, stwierdzając miedzy innymi, że: „Z przywołanej normy nie wynika zatem — jak zdaje się twierdzić Skarżący - postulat łączenia zasobów wykonawców tworzących konsorcjum w sposób dowolny, nie wynika z niej także żadna szczególna regulacja dotycząca sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zasadniczo bowiem, jak wskazuje dyrektywa zawarta w tej normie potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia - pojedynczego wykonawcy.(...J „Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, iż wymaganie dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegające na konieczności wykonania dwóch robót

budowlanych przez ten sam podmiot dotyczy w takim samym stopniu wykonawcy, jak konsorcjum, czy podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Treść spornego warunku w istocie wyraża bowiem wymaganie, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał zadanie o określonej wartości i charakterze, (...)

Wspólne wykazywanie spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu nie może być jednak - w ocenie Sądu Okręgowego - uznawane za bezwzględną zasadę, lecz winno być rozpatrywane w kontekście konkretnego warunku powiązanego z przedmiotem zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie treścią postawionego warunku, udziału w postępowaniu jest wymóg wykonania dwóch lub więcej takich samych zadań. Treścią warunku jest więc dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych robót. Miarą minimalnego doświadczenia wykonawcy Zamawiający w tym wypadku uznał nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także jego powtórzenie — jednokrotne. Sąd Okręgowy podziela stanowisko zawarte w zaskarżonym orzeczeniu (...), że przepis art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza uprawnienia do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. “

Reasumując oferta Interhall sp. z o.o. nie może być brana pod uwagę przy wyborze ofert, albowiem nie spełnia wymogów doświadczenia stawianych przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. [Brak realizacji zamówienia przez podmioty trzecie, na których zasoby powołał się

Wykonawca]

Wykonawca celem umożliwienia Zamawiającemu oceny, czy wobec podmiotów udostępniających zasoby zachodzą podstawy wykluczenia, nie przedłożył innych dokumentów, aniżeli zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów. Z dokumentów wynika, że G. S. Chameleon Constuction, jak i Gosław Sport Center sp. z o.o. oddali do dyspozycji Wykonawcy zasób opisany jako zdolności techniczne i zawodowe. Jednakże należy podkreślić, że z formularza ofertowego Wykonawcy (pkt. 9), jak i załącznika nr 5 do formularza ofertowego „Wykaz robót" wynika, że wspomniane podmioty udostępniają-w rzeczywistości wyłącznie zasób doświadczenia w zakresie wykonania 1 i 2 boisk.

Jak wynika z formularza ofertowego podmioty trzecie (G. S. oraz Gosław Sport Center sp. z o.o.) mają realizować zamówienie poprzez m.in. „doradztwo i konsultacje" oraz „wspólny nadzór". W ocenie Odwołującego tak ujęty sposób realizacji zamówienia przez podwykonawców stawia pod znakiem rzeczywiste powierzenie podwykonawcom realizacji zamówienia. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, na czym miałoby polegać doradztwo i konsultacje oraz wspólny nadzór. Sformułowania to są skrajnie nieprecyzyjne i wydają się w żaden sposób nieuzasadnione ekonomicznie. Tym samym przemawia to za uznaniem, że Wykonawca przedstawił doświadczenie podmiotów trzecich wyłącznie dla (niewystarczającego) wykazania, jakoby spełnia warunek doświadczenia postawiony w SIWZ, a nie w celu rzeczywistego skorzystania z udostępnianego zasobu.

Wbrew temu co stwierdził Zamawiający w piśmie z 22.07.2020 r. związek podmiotu udostępniającego zasób z postępowaniem nie polega na tym, że godzi on się na wykorzystanie swojego potencjału do oceny spełnienia warunków Wykonawcy. Wobec jednoznacznego brzmienia art. 22a ust. 4 podmiot, udostępniający zasób wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia ma bowiem nie tylko wziąć udział w realizacji zamówienia a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby. Opisany obowiązek, to jest wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako "obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcę, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia." (tak np. wyrok KIO z 20 lipca 2018 roku, sygn. akt: KIO 1336/18). Skoro więc doświadczeniem podmiotu trzeciego Wykonawca wykazał się jedynie w taktycznym celu jakim jest spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a jednocześnie co najmniej mało prawdopodobnym jest, aby w trakcie realizacji zamówienia podmiot ten był rzeczywiście podwykonawcą, należało uznać, że oferta Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Wykładnia literalna art. 22a ust. 1 i 4 PZP prowadzi do wniosku, że w zakresie udostępnienia zasobu doświadczenia wykonawcy można polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem, że podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy Wykonawca celem spełnienia warunku doświadczenia wykonania co najmniej 3 boisk o określonych parametrach oparł się na zasobie doświadczenia dwóch różnych podmiotów, sumując ich doświadczenia (odpowiednio 1 i 2 boiska). Tym samym, skoro podmioty trzecie udostępniły doświadczenie polegające na „wykonywaniu boisk" — to w Ocenie Odwołującego, zgodnie z art. 22 ust. 4 PZP powinny zrealizować roboty budowlane (wykonywanie boisk), gdyż niewątpliwie wykonywanie boisk jest konieczne do realizacji zadania polegającego na wykonywaniu boisk.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, jak i stanowiskiem doktryny w świetle znowelizowanej ustawy PZP, udział w realizacji zamówienia poprzez „doradztwo i konsultacje" oraz „wspólny nadzór" nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy pzp - inny podmiot ma bowiem po prostu zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnił własne zasoby, a nie tylko wziąć udział w realizacji zamówienia. "Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą" (np. wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane.

Powyższe stanowisko, polegające na uznaniu, iż doradztwo i konsultacje nie spełniają przesłanki wymogu zrealizowania zamówienia, jest szeroko reprezentowane w orzecznictwie, cyt.: „(...) powszechnie w orzecznictwie wskazuje się, że "konsultacje i doradztwo " nie mogą stanowić skutecznego udzielenia zasobu doświadczenia w odniesieniu do robót budowlanych

" (np. wyrok KIO z 20 lipca 2018 r., sygn. akt: 1336/18).

Tak samo krytycznie należy odnieść się do tzw. „wspólnego nadzoru". Tytułem przykładu w wyroku z 29 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 711/19, Izba uznała, że nadzór nad pracownikami to za mało, żeby mówić o realizacji usługi, cyt.: „Nie można uznać, iż udostępnione Wykonawcy zdolności techniczne w postaci nadzoru nad pracownikami - stanowiącymi element, część wymaganej usługi koszenia trawy, pozwala na wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w pełnym zakresie.

W ocenie Odwołującego analiza Formularza ofertowego (pkt 6), złożonego przez Wykonawcę, świadczy o tym, że oba podmioty trzecie nie zrealizują zamówienia w zakresie, w jakim powołano się na ich doświadczenie.

W ramach zamówienia publicznego do zadań Wykonawcy należało:

1. budowa boiska piłkarskiego na podstawie Projektu budowlano wykonawczego o parametrach podłoża, warstwy odsączającej i warstwy wegetacyjnej zgodnych z normą DIN 18035,

2. wykonanie murawy - wymagane parametry murawy zostały wyspecyfikowane w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia-załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający dopuszcza ułożenie trawy z rolki,

3. wykonanie instalacji drenażowej, nawadniania i ogrzewania boiska wraz z systemami zasilającymi i sterowaniem,

4. Wykonanie instalacji oświetleniowej boiska terenów przyległych z przyłącza elektrycznego,

5. budowa zagłębionego w gruncie żelbetowego zbiornika retencyjnego

6. element instalacji odwodnienia i nawodnienia boiska,

7. dostawa i montaż wymiennika

8. integralna część systemu ogrzewania murawy,

9. wykonanie elementów uzupełniających: ogrodzenie, place składowe żelbetowe i z płyt drogowych, dostawa i montaż kontenera technicznego,

10. uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,

11. wykonanie tablicy informacyjnej.

Natomiast do zadań podwykonawców należało:

- wykonanie podbudowy, doradztwo i konsultacje co do wykonania robót nawierzchniowych, wspólny nadzór (G. S. CHAMELEON CONSTRUCTION);

- wykonanie robót nawierzchniowych, doradztwo i konsultacje co do wykonania podbudowy, wspólny nadzór (GOSŁAW SPORT CENTER SP. Z O.O.).

Zestawiając przedmiot zamówienia z zakresem prac podwykonawców należy stwierdzić, że pomiędzy stosunkiem zakresowym przedmiotu zamówienia, a stosunkiem zakresowym prac podwykonawców zachodzi stosunek nadrzędności zakresu przedmiotu zamówienia. Tymczasem celem spełnienia wymogu realizacji zamówienia z art. 22a ust. 4 PZP powinien zachodzić stosunek zamienności. Innymi słowy zakres prac podwykonawców nie pokrywa się w pełni z zakresem koniecznym dla wykonania całego zamówienia.

Jak podnosi się w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 29.04.2019 r., sygn. akt: KIO 711/19), cyt.: „Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca polegający na

zdolnościach innego/innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu (w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego/tych podmiotów), że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tego/tych podmiotów, niezbędnymi na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego. Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia Zamawiającemu podjęcie decyli w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający całkowicie zaniechał weryfikacji w jakim dokładnie zakresie dany podmiot trzeci będzie realizował wykonanie robót budowlanych. Zaniechał także ustalenia na czym miałoby polegać doradztwo oraz konsultacje czy wspólny nadzór nad przedsięwzięciem.

W ocenie Odwołującego za pozornością przedstawienia zakresu realizacji zamówienia przez

podwykonawców, przemawia także fakt, że jeden z podwykonawców: G. S. po wykonaniu podbudowy miałby świadczyć usługi doradztwa i konsultacji przy robotach nawierzchniowych, prowadzonych przez drugiego podwykonawcę Gosław Sport Center sp. z o.o. W tym stanie rzeczy obecność (można z dużą dozą prawdopodobieństwa domniemywać, że pozorna) na placu budowy podwykonawcy, po skończeniu swojej części robót, wyłącznie w celach doradczych jawi się jako całkowicie nierealna oraz sztucznie wykreowana na potrzeby niniejszego przetargu koncepcja. Co więcej Gosław Sport Center sp. z o.o. miałby świadczyć doradztwo G. S. przy wykonywaniu podbudowy zanim rozpocznie swoją część realizacji (prace nawierzchniowe). W ocenie Odwołującego konstrukcja wzajemnego przenikania się zadań, w której jeden podwykonawca rzekomo świadczy doradztwo drugiemu zanim rozpocznie pracę, zaś drugi podwykonawca doradza po zakończeniu swojego zadania jest pozorną konstrukcją, która ma na celu jedynie wykazanie, że podwykonawcy będą realizowali zamówienie zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 4 PZP. Podczas gdy rzeczywista realizacja zadań przez podwykonawców w zakresie wskazanym przez Wykonawcę, zgodnie z udostępnionym zasobem, jest wielce wątpliwa.

3. [Fikcyjne określenie zakresu robót realizowanych przy pomocy podwykonawców]

W ocenie Odwołującego powyżej opisane zachowanie Wykonawcy nosi znamiona czynu

konkurencyjnego. Pozorne określenie przez Wykonawcę zakresu robót realizowanych przy

pomocy podwykonawców, w szczególności wzajemne „doradztwo i konsultacje", a także „wspólny nadzór", zdefiniowane w sposób tak szeroki i bliżej niedookreślony miało na celu jedynie spełnienie przesłanki z art. 22a ust. 4 PZP. Stworzenie tej sztucznej konstrukcji miało na celu jedynie spełnienie warunków przetargowych, a tym samym miało na celu eliminację

konkurencji z rynku, poprzez utrudnienie

Odwołującemu dostępu do niego na skutek zdobycia nieuzasadnionej przewagi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, co skutkowało wyborem oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy nie jest ona taką.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, nie jest konieczne wykazywanie naruszenia interesu

Odwołującego na skutek zachowania Wykonawcy, wypełniającego znamiona deliktu z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, lecz wystarczy ustalenie, że takie zachowanie zagraża interesowi innego przedsiębiorcy. Potwierdziła to Izba w wyroku z 9 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: 509/19, cyt.: sprzeczność działań danego przedsiębiorcy z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta, przy czym jak wskazuje orzecznictwo "dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta,, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt I ACa 1103/06,

LEX nr 516585).”

W ocenie Odwołującego opisana powyżej fikcyjna konstrukcja realizacji prac przez podwykonawców przedstawiona przez Wykonawcę, mająca na celu wyłącznie spełnienie przesłanki art. 22a ust. 4 PZP, skutkuje utrudnieniem dostępu Odwołującego do rynku, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

4. [Błędna odwołanie się do nieobowiązującego art. 26 ust. 2b PZP]

Nieprawidłowe działanie Wykonawcy oraz Zamawiającego, polegające na braku rozróżnienia pomiędzy wzięciem udziału przez podmioty udostępniające zasoby w zakresie doświadczenia w realizacji zamówienia, a obowiązkiem rzeczywistej realizacji zamówienia w zakresie w jakim podmioty te udostępniły, własne zasoby może być podyktowanego brakiem uwzględnienia, zarówno w toku tworzenia SIWZ, jak i całego postępowania faktu, że z dniem 28.07.2016 r. art. 26 ust. 2b PZP został uchylony. Ustawodawca rozwiewając wszelkie wcześniejsze wątpliwości (właśnie odnośnie wymogu realizacji zamówienia przez osoby udostępniające zasoby Wykonawcy) wprowadził art. 22a PZP.

O braku uwzględnienia nowelizacji z 2016 roku, przemawia zarówno oświadczenie Wykonawcy w formularzu ofertowym (pkt 9), w których wprost znajduje się referencja do nieobowiązującego już art. 26 ust. 2b PZP, jak i pismo Zamawiającego z 22 lipca 2020 r., w którym znajduje się analogiczne nawiązanie.

Dowód:

- odpis pisma Zamawiającego z 22 lipca 2020 roku.

5. [Naruszenie art. 26 ust. 3 PZP]

Zgodnie z brzmieniem pkt 12, ppkt, 2 lit. c. SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 upzp należy złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 upzp, w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia- załącznik nr 3 do załącznika nr 3 SIWZ. Wykonawca nie złożył wymaganego przez SIWZ oświadczenia w odniesieniu do Gosław Sport Center sp. z o.o.

Zamawiający pominął ten fakt, czym naruszył formalizm postępowania, co skutkowało nieuprawnioną modyfikacją reguł postępowania określonych wymaganiami SIWZ. W ocenie Odwołującego brak złożenia niniejszego oświadczenia doprowadził do wyboru w postępowaniu oferty, która jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, które ten ostatni zdefiniował w SIWZ.

O skutkach braków formalnych ofert, polegających na nie przedłożeniu oświadczeń, wymaganych przez SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się między innymi w wyroku z 30.09.2019 r. (KIO 1756/19), Izba trafnie uznała, że cyt.: „Przedmiot zamówienia musi być w ofercie sprecyzowany, przy czym zakres żądanych od wykonawcy informacji określa Zamawiający w SIWZ, a nieprzedstawienie tych informacji zgodnie ze stopniem szczegółowości wymaganym przez Zamawiającego może prowadzić do wniosku o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia może być potwierdzone oświadczeniami i dokumentami składanymi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a do takich dokumentów należą karty katalogowe, które podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 wskazanej ustawy.".

Tym samym w ocenie Odwołującego należy uznać, że brak przedłożonego oświadczenia powoduje niezgodność oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest przesłanką odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE pismo z dnia 9 września 2020r.

Zamawiający podnosi, że zarzuty przedstawione w odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie, i tak:

1. Odnosząc się do zarzutu opartego na art. 24 ust. 1pkt 12 PZP należy wskazać, że w ocenie Zamawiającego wybrany w postępowaniu wykonawca wspólnie z podmiotami użyczającymi mu zasobów spełnił warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia.

2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22a ust. 1 i ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, Zamawiający wskazuje, że dokonał analizy sposobu w jaki wykonawca, którego uznał za niepodlegającego wykluczeniu dysponuje zasobami udostępnianymi przez podmioty trzecie. Po analizie zamawiający uznał sposób współdziałania tych podmiotów za wystarczający do realizacji przedmiotu zamówienia.

3. Zamawiający kwestionuje wskazane przez Odwołującego się niezastosowanie art. 89 ust 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP skutkujące wyborem oferty pomimo wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego, łączne rozliczenie doświadczenia wykonawcy oraz podmiotów, jakie udostępniały mu zasoby wobec sposobu wykonania przez wykonawcę i podmioty udostępniające zasoby poprzednich zleceń nie dawało podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

4. Zamawiający nie zgadza się z interpretacją, że złożenie oświadczenia w oparciu o uchylony art.26 ust 2b PZP, jest na tyle istotne, aby kwestionować całe postępowanie szczególnie wobec faktu, że zastosowano się do wymagań art. 22a ust 1 i ust 4 w zakresie współdziałania oraz podmiotów udzielających mu swoich zasobów.

5. Zamawiający kwestionuje naruszenie polegające na niezastosowaniu art. 89 ust 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 22a ust 3 PZP oraz wskazuje, że nieprzedłożenie oświadczenia o którym jest mowa w art. 24 PZP nie jest wymagane w stosunku do wskazanego podmiotu tj.

Gustaw Sport Center z uwagi na zastosowanie w tym przypadku art. 25a ust 3 pkt 2. Przepis

ten wobec wartości przedmiotu zamówienia zwalnia przywołany podmiot z obowiązku złożenia oświadczenia.

W oparciu o przedstawione powyżej ustosunkowanie się do zarzutów oraz podniesione okoliczności dotyczące faktu doręczenia Zamawiającemu odwołania po terminie, co spowodowało nieodwracalne skutki prawne w postaci zawarcia umowy z wyłonionym wykonawcą, Zamawiający wnosi o:

1. Uznanie, że umowa zawarta z wyłonionym wykonawcą została zawarta skutecznie;

2. Oddalenie Odwołania złożonego przez Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o.

W zakresie wniosków dowodowych Wykonawca wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentu- z zapisów książki korespondencji Zamawiającego, w celu potwierdzenia daty wpływu odwołania do Zamawiającego;

Jednocześnie Zamawiający wnosi o rozpoznanie przedmiotowej sprawy w trybie pilnym, z uwagi na obowiązującą Zamawiającego terminowość wydatkowania środków z funduszu rozwoju kultury fizycznej, z których dofinansowywana jest inwestycja będąca przedmiotem zamówienia publicznego.

Ponadto Zamawiający wnosi o przyznanie kosztów zastępstwa w, postępowaniu odwoławczym, zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

1. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego prezentowanego powyżej jest Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2019 roku, KIO/KD/66/19, wskazująca na ograniczenia w możliwości wykluczenia Co istotne, wskazać należy w tym miejscu, iż Zamawiający dopełnił obowiązku weryfikacji dokumentów przedkładanych przez wykonawców aby zweryfikować czy spełniają przesłanki do ich wykluczenia, czy też takie przesłanki nie zachodzą. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2019 roku, KIO/KD 66/19 stanowi, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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 wymaga wykazania przez zamawiającego, że oświadczenia i dokumenty przedstawione przez wykonawcę nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego nie było przesłanek do wszczęcia procedury wykluczenia wykonawcy wskazywanego przez wnoszącego odwołanie oceniając potencjał wykonawcy oraz podmiotów użyczających mu swoich zasobów za wystarczający.

Zastrzeżenia wskazane w odwołaniu nie mają swojego uzasadnienia zarówno w stanie faktycznym jak też prawnym. Analiza orzeczeń zapadłych przy rozstrzyganiu kwestii związanych z oceną doświadczenia wskazuje, że stanowisko Zamawiającego jest prawidłowe. Powyższego dowodzą między innymi tezy Wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2019 roku, KIO 711/19, w zakresie obowiązku wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia do realizacji zamówienia. Zgodnie z przywołanym orzeczeniem, nie można pomijać celu, w jakim zamawiający żąda doświadczenia pozwalającego przyjąć, iż wykonawca posiada odpowiednią praktykę do tego, aby należycie wykonać usługę. Nie jest wystarczającym samo wykazanie, iż zaplecze jakim dysponuje, czy też zasoby osobowe, pozwalają na wykonanie usługi, co stanowi samoistną podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawców w ramach zdolności technicznej. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia i wymagań, jakie ono stawia przed mającym je zrealizować podmiotem, to aby spełnić warunek przy braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. Taka formalna tylko weryfikacja udostępnienia potencjału, bez sprawdzenia czy podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i stwarzania obszaru do nadużyć. Ponadto, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca polegający na zdolnościach innego/innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu (w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego/tych podmiotów), że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tego/tych podmiotów, niezbędnymi na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego. Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę »wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu podmioty, które udostępniają swoje zasoby nie ograniczają się jedynie doradztwa czy też konsultingu, podmioty te bowiem wykonują konkretne prace o kluczowym znaczeniu dla prawidłowej realizacji zlecenia. Biorąc pod uwagę wzajemne relacje pomiędzy podmiotami należy zwrócić uwagę, że zakres prac wykonywanych przez podmioty występujące jako udostępniające swoje zasoby, a jednocześnie podwykonawcy, obejmuje rzeczywisty udział we wszystkich kluczowych etapach realizacji przy jednoczesnym udzielaniu pełnego wsparcia w zakresie doradztwa oraz nadzoru. Takie współdziałanie w sposób wyczerpujący powoduje, że sumują się doświadczenia podmiotów uczestniczących w procesie i daje to racjonalną przesłankę do oceny, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z warunkami postawionymi przez zamawiającego. Stanowi to także zdecydowane zaprzeczenie podniesionej przez Odwołującego się wątpliwości, jakoby naruszono warunki wynikające z art. 22a ust. 1 i ust. 4 PZP. W przypadku przedmiotowego postępowania nie doszło bowiem do sytuacji pozornego oddania zasobów podmiotów trzecich do dyspozycji, a wręcz przeciwnie- faktyczny udział tych podmiotów jest przewidziany we wszystkich kluczowych elementach składających się na realizację przedmiotu zamówienia.

3. Opisany sposób współdziałania i podmiotów udzielających mu swoich zasobów wobec objęcia realnym podwykonawstwem oraz wzajemnymi czynnościami doradczymi i nadzorem wskazuje na uprawnione założenie, że zdolności tych podmiotów do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia uległy zsumowaniu. Wzajemne doradztwo oraz nadzór w wykonywaniu kluczowych elementów projektu skutkują przeniesieniem doświadczeń obu podmiotów. W tej sytuacji prowadzone prace będą wykonywane w oparciu o konkretne realizacje, które ze stron podmiotów uczestniczących w realizacji oraz udzielających wykonawcy swoich zasobów zakończyły się powodzeniem. Jak już wskazywano współdziałanie obejmuje wszystkie istotne elementy składające się na realizację przedmiotu

zamówienia co zresztą pośrednio potwierdza sam składający w miejscu, w którym przedstawia zakres podwykonawstwa jaki przypada na poszczególne podmioty udostępniające wykonawcy

swoje zasoby.

4. W przypadku zarzutu podniesionego przez Odwołującego się w punkcie 4. odwołania, należy wskazać, iż w ocenie Zamawiającego odniesienie się do zastosowania uchylonej normy nie powinno rzutować na ocenę prawidłowości całej procedury, w szczególności wobec faktu, że pomimo nieodwołania się do normy, która zastąpiła normę uchyloną, zastosowano zasady określone przepisem obowiązującym. Jak już bowiem wskazano wyżej, sposób współdziałania wykonawcy i podmiotów z nim powiązanych wypełnia dyspozycję art. 22a ust. 1 i ust. 4 PZP. Samo uchybienie proceduralne powołane w odwołaniu nie zaburzyło w żaden sposób zasad konkurencji, co jest istotnym celem prowadzonego postępowania, nie doprowadziło także do zagrożenia niewykonania lub nieprawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający prowadził całe postępowanie zmierzając do osiągnięcia celu w postaci przebudowy boisk treningowych, prowadzone postępowanie było transparentne oraz obiektywne. Należy przy tym zwrócić uwagę, że inwestycja będąca przedmiotem zamówienia publicznego, dofinasowana jest ze środków funduszu rozwoju kultury fizycznej, co wiąże się z dodatkową kontrolą w zakresie sposobu wydatkowania środków, ale także terminowości ich wydatkowania. Z uwagi na to, Zamawiający podkreśla, że prowadzenie całego postępowania, w tym skonstruowanie w sposób jasny i czytelny zapisów SIWZ, nastąpiło w celu wyboru gwarantującego wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z tezą Wyroku KIO w dnia 22 stycznia 2020 roku, KIO 36/20, zgodnie z którą przepis art. 29 ust. 2 PZP nie może być rozumiany w ten sposób, że zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, nie może bowiem służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający realizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb.

5. Odnosząc się do ostatniego z zarzutów Odwołującego się należy wskazać, iż norma art. 25a ust. 3 pkt 2 PZP zdejmuje z podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca,

obowiązek składania oświadczenia opisanego w art. 25 a ust. 1 PZP. w przypadku postępowania, którego dotyczy postępowanie odwoławcze wynika to kwoty zamówienia mieszczącej się poniżej progu określonego w art. 11 ust. 8 PZP. W tej sytuacji żądanie odrzucenia oferty sformułowane przez Odwołującego się nie ma oparcia w przepisach, ponieważ z uwagi na wartość zamówienia stosowana jest procedura uproszczona zdejmująca obowiązek z podmiotu współuczestniczącego w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Wobec wyżej przedstawionych argumentów, Zamawiający wnosi jak w petitum odpowiedzi na odwołanie.

Ustosunkowanie się do stanowiska Zamawiającego w przedmiocie zarzutów odwołania.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w przedmiocie podstaw odwołania, wskazuję, że Odwołujący w pełni zgadza się z przytoczonym przez Zamawiającego stanowiskiem KIO, wyrażonym w wyroku z 29 kwietnia 2019 roku, (KIO 711/19), Należy podzielić w szczególności negatywny stosunek KIO do czysto formalnej weryfikacji przez zamawiających ofert wykonawców w zakresie udostępnienia potencjału przez osoby trzecie. Jak prawidłowo wskazało KIO obowiązkiem Zamawiającego jest dokładne sprawdzenie czy dany podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, a nie poprzestanie na zapewnieniach wykonawców, co ma miejsce w niniejszej sprawie.

Z przytoczonego przez Zamawiającego płyną także znacząco odmienne wnioski, aniżeli wskazuje Zamawiający. Otóż zgodnie z uzasadnieniem niniejszego wyroku KIO negatywnie oceniło możliwość uznania. że nadzór oraz koordynacja mogą stanowić spełnienie przesłanki wzięcia udziału w realizacji zamówienia. KIO wprost stwierdziło, że jeżeli wykonawca powołuje się na zasoby osób trzecich przy wykazaniu spełnienia w całości warunku udziału w postępowaniu, to podmioty trzecie nie mogą uczestniczyć jedynie w zakresie stanowiącym element usługi, będącej warunkiem udziału w postępowaniu. Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że skoro KIO prawidłowo uznało, że nadzór oraz koordynacją nie wypełniają przesłanki realizacji zamówienia przez osoby udostępniające dany zasób, to identycznie należy ocenić doradztwo oraz konsultacje, które mają tożsamy charakter jak nadzór oraz koordynacja.

Innymi słowa wykonawca nie może dysponować zasobami podmiotu trzeciego, niezbędnymi do realizacji zamówienia, jedynie w zakresie stanowiącym część, pewien element wymaganego doświadczenia, stanowiącego warunek udziału w postępowaniu. Wynika to z tego, jak prawidłowo wskazuje KIO, że w sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący w całości podtrzymuje stanowisko, że doradztwo oraz konsultacje, które maja świadczyć podwykonawcy Interhall sp. z o.o. nie spełniają przesłanki wymogu zrealizowania zamówienia. Pogląd ten jest szeroko reprezentowany w orzecznictwie, cyt.: „ (...) powszechnie w orzecznictwie wskazuje się, że "konsultacje i doradztwo" nie mogą stanowić skutecznego udzielenia zasobu doświadczenia odniesieniu do robót budowlanych ”

(np. wyrok KIO z 20 lipca 2018 r., sygn. akt: 1336/18).

Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, współdziałanie G. S. (Chameleon Construction) oraz Gosław Sport Center sp. z o.o. nie obejmuje wszystkich elementów, składających się na realizację przedmiotu zamówienia. Z formularza ofertowego Interhall sp. z o.o. wprost wynika, że podmioty te mają zrealizować wyłącznie wykonanie robót

nawierzchniowych oraz wykonanie podbudowy (i to nie razem, lecz osobno), podczas gdy

całość robót budowlanych wymaga także wykonania takich m.in. elementów jak: wykonanie instalacji oświetleniowej, budowa zbiornika retencyjnego, wykonanie ogrodzenia czy placów

składowych. Nie ma żadnych wątpliwości, że podwykonawcy, udostępniający zasób

doświadczenia, nie będą realizowali tego zakresu prac. Tym samym twierdzenia Zamawiającego, jakoby podmioty udostępniające zasób doświadczenia (nadmieniam polegający na doświadczeniu w budowaniu boisk) biorą udział we wszystkich etapach realizacji zamówienia całkowicie mija się z prawdą.

Zważywszy na powyższe pozorna konstrukcja realizacji prac przez podwykonawców przedstawiona przez Wykonawcę, ma na celu wyłącznie spełnienie przesłanki art. 22a ust. 4 PZP, nie zaś rzeczywistą realizację zamówienia przez podwykonawców udostępniających zasób doświadczenia. Reasumując oferta Interhall sp. z o.o. nie spełnia wymogów doświadczenia stawianych przez Zamawiającego w treści SIWZ.

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO pismo z dnia 9 września 2020r.

Składając w dniu 24 lipca 2020 roku Odwołanie, Odwołujący objął zaskarżeniem czynność Zamawiającego w postaci informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia szeregu przepisów pzp, a to:

A. Art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, co wynika z przyjęcia przez Odwołującego, że Przystępujący

miał nie wykazać warunków udziału w Postępowaniu;

B. Art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, co wynika z przyjęcia przez

Odwołującego, że Przystępujący miał w sposób nieuzasadniony skorzystać z zasobów

udzielonych mu przez inne podmioty;

C. Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp, co wynika z przyjęcia przez Odwołującego, że oferta Przystępującego ma nosić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji;

D. Art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, co wynika z przyjęcia przez Odwołującego, że oferta Przystępującego ma być niezgodna z ustawą poprzez odwołanie się w treści jej załącznika do poprzednio obowiązującego przepisu ustawy;

E. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 22a ust. 3 pzp, co wynika z przyjęcia

przez Odwołującego, że oferta Przystępującego ma być niezgodna z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący domaga się, aby w szczególności:

nakazano Zamawiającemu czynności wyboru oferty Przystępującego;

nakazano Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z Postępowania lub odrzucenie złożonej przez niego oferty;

nakazano Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny „wszystkich ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego".

W ocenie Przystępującego Odwołanie nie jest uzasadnione w najmniejszym stopniu i to z bardzo wielu przyczyn.

2. Brak/pozorność interesu we wniesieniu odwołania

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 pzp: „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy."

Odwołujący opisując swój interes we wniesieniu Odwołania wskazał w szczególności, że „Odwołujący ma szanse wygrać postępowanie przetargowe i uzyskać przedmiotowe zamówienie". Odwołujący w rzeczywistości zdaje sobie sprawę z tego, że zaoferowana przez niego cena w sposób bardzo istotny przewyższa cenę zaoferowaną przez Przystępującego, a zarazem możliwości finansowe Zamawiającego, finansującego zadanie ze źródeł zewnętrznych. Oferta Odwołującego jest o ponad 13% droższa od oferty Przystępującego, co przekłada się na rzeczywisty brak możliwości sfinansowania przedsięwzięcia, gdyby to oferta Odwołującego miała stanowić podstawę udzielenia zamówienia.

W ocenie Przystępującego Odwołujący skorzystał z instytucji Odwołania — zarazem świadomie lub nieświadomie dotykając je nieusuwalnym brakiem — zasadniczo w celu zupełnie innym niż został przewidziany w regulacjach dotyczących środków ochrony prawnej. Mając na uwadze wyłączenie orzekania przez Izbę przez około dwa i pół miesiąca wskutek pandemii COVID-19 oraz związany z tym wydłużony czas rozpoznawania odwołań, Odwołujący starał się — nie mając w rzeczywistości widoków na pozyskanie zamówienia - doprowadzić do sytuacji, w której uniemożliwi de facto realizację zamówienia, ze szkodą dla Zamawiającego, ale również dla Miasta Zabrze i jego najbardziej cennego obecnie „towaru" i „brandu", czyli drużyny Górnika Zabrze.

Odwołujący wie doskonale, że nie ma szans na pozyskanie zamówienia i działa jedynie w celu uniemożliwienia jego realizacji przez Przystępującego. Działa tym samym na szkodę Przystępującego, Zamawiającego oraz Miasta Zabrze, które w wyniku działania Odwołującego, korzystającego z przejściowych trudności w funkcjonowaniu Izby, może utracić zewnętrzne finansowanie.

Stawia to w rzeczywistości pod ogromnym znakiem zapytania występowanie po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia. W realiach niniejszej sprawy nie występuje jakakolwiek możliwość poniesienia przez Odwołującego jakiejkolwiek szkody w wyniku opisywanego w treści Odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, co jest przesłanką konieczną, aby uznać istnienie interesu, o którym mowa w przytoczonym przepisie.

3. Odniesienie się do poszczególnych zarzutów

a) zarzut nr 1

Przystępujący nie przeczy, że żaden z podmiotów, które są jego podwykonawcami i z których zasobów korzysta w celu wykazania się spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu oraz realizacji zadania, ani też sam Przystępujący nie spełnia samodzielnie w całości przedstawionego w treści SIWZ warunku udziału.

Przystępujący może potwierdzić powyższą okoliczność, ponieważ wymóg przeciwny (tj. konieczność zagregowania wymaganego w zakresie warunków doświadczenia) w żaden sposób nie wynika z dokumentacji Postępowania — to jest nie było ono wymogiem Zamawiającego na żadnym etapie Postępowania.

Przystępujący wykazał się prawidłowo spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu, posługując się w zakresie jednego z warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zasobami dwóch podmiotów: G. S. „CHAMELEON CONSTRUCTION' (jedna realizacja) oraz GOSŁAW SPORT CENTER sp. z o.o. (dwie realizacje).

Należy z całą stanowczością podkreślić, że regułą w zakresie polskiego systemu zamówień publicznych jest możliwość łączenia potencjałów (w zakresie niezbędnym do spełnienia warunków) zarówno wykonawców, jak i — analogicznie — podmiotów, które w warunkach określonych w treści art. 22a pzp udzielają zasobów wykonawcy.

Wyjątek od takiej reguły dla członków konsorcjów określa art. 23 ust. 5 pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.” Żeby zaszła taka właśnie „proporcjonalność oraz zasadność wprowadzenia szczególnego rodzaju zaostrzonych wymagań względem wykonawców tworzących konsorcjum w zakresie obowiązku zagregowania doświadczenia u jednego z nich, musi -- po pierwsze — wystąpić tego rodzaju charakterystyka przedmiotu zamówienia (co w niniejszej sprawie nie ma miejsca); po drugie — odpowiednie oczekiwanie Zamawiającego musi znaleźć się w treści dokumentacji postępowania.

W wypadku Postępowania w sposób oczywisty nie zachodzą opisane powyżej przesłanki — świadczy o tym treść odpowiedzi na pytanie 3 ogłoszone w dniu -1 lipca 2020 roku: „Prosimy o potwierdzenie, że zgodnie z art. 23 ustawy pzp, oraz pkt 14 SIWZ wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a spełnienie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 upzp mogą spełniać łącznie, tj. doświadczenie członków konsorcjum się sumuje.” Zamawiający na to pytanie, zresztą zadane przez Odwołującego, odpowiedział „Tak, jest możliwe łączenie potencjałów poszczególnych członków konsorcjum w zakresie doświadczenia”.

Dowód: Odpowiedzi na pytania do treści SIWZ z dnia 01 lipca 2020 roku (w dokumentacji Postępowania).

Potwierdził zatem explicite brak wymogu Zamawiającego i zarazem brak takiej cechy przedmiotu zamówienia, która wymagałaby zaostrzenia wymogów w zakresie legitymowania się przez np. jednego z wykonawców — członków konsorcjum określoną liczbą doświadczeń. Zamawiający potwierdził tym samym również tzw. podzielność wprowadzonego warunku.

Ten brak charakterystyki odnosi się analogicznie do sytuacji przedstawienia w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu potencjałów większej liczby podmiotów, o których mowa w treści art. 22a ust. 1 pzp. Wymogu, którego wyegzekwowania domaga się Odwołujący po prostu nie ma ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dokonana w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu ocena oferty Przystępującego jest zatem prawidłowa i spójna.

b) zarzut nr 2

Podstawą niniejszego zarzutu — podobnie zresztą jak następnego — jest zmanipulowane (ewentualnie zupełnie błędnie odczytane przez Odwołującego) przytoczenie przez Odwołującego wskazanego w ofercie zakresu robót powierzanych podwykonawcom, którzy pełnią równocześnie — stosownie zresztą do przepisu art. 22a ust. 4 pzp — rolę podmiotów, z których zasobów korzysta Przystępujący.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 22a ust. 4 pzp: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

I dokładnie taka sytuacja ma miejsce w ramach niniejszego postępowania. Zakres robót powierzonych podwykonawcom w pełni pokrywa się z przedmiotem zasobów, które udzielają

oni Przystępującemu. Zakres robót powierzonych prezentuje się następująco: G. S. „CHAMELEON CONSTRUCTION": budowa boiska piłkarskiego: wykonanie podbudowy, wykonanie instalacji odwadniającej (drenażu), nawadniającej, ogrzewania murawy, wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy robotach nawierzchniowych;

GOSŁAW SPORT CENTER sp. z o.o.: budowa boiska piłkarskiego: wykonanie robót nawierzchniowych, wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy: wykonaniu podbudowy, wykonaniu instalacji odwadniającej (drenażu), nawadniającej, ogrzewaniu

murawy.

Dowód: Oferta Przystępującego (w dokumentacji postępowania).

Odwołujący, posługując się manipulacją, sprowadza powyższe zakres opisany jedynie do nadzoru oraz doradztwa i konsultacji, pomijając pozostałe elementy (które z oczywistych przyczyn mają podstawowe znaczenie) jednocześnie snując swoje zastrzeżenia co do

rzekomo pozornego jednoczesnego występowania obu podwykonawców na placu budowy.

Opisana manipulacja stanowi oś niniejszego zarzutu i przewija się kilkukrotnie w toku uzasadnienia — w drugim akapicie na stronie 7 Odwołania, w piątym akapicie na stronie 7 Odwołania oraz w drugim akapicie na stronie 8 Odwołania, osiągając swoją kulminację w przytoczonym fałszywie u dołu strony 8 Odwołania zakresie robót dla poszczególnych podwykonawców.

Powołując się na rzeczywiście ujęty w treści oferty zakres prac powierzonych

podwykonawcom, należy przytoczyć jedno ze zdań ze strony 8 Odwołania:

Tym samym, skoro podmioty udostępniły doświadczenie polegające na „wykonywaniu boisk" — to w Ocenie Odwołującego, zgodnie z art. 22 ust. 4 PZP powinny zrealizować roboty

budowlane (wykonywanie boisk), gdyż niewątpliwie wykonywanie boisk jest konieczne do

realizacji zadania polegającego na wykonywaniu boisk,

Taka właśnie — opisana przez Odwołującego jako hipotetyczna i pożądana sytuacja ma miejsce w ramach Postępowania. Podmioty, z których doświadczenia (czyli „zdolności technicznej lub zawodowej" zgodnie z treścią przepisu art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp) korzysta

Przystępujący w celu wykazania się spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu, będą realizować roboty budowlane w zakresie wykonywanie boisk, które to „wykonywanie boisk" jest, jak trafnie, choć nieporadnie zauważył Odwołujący, „konieczne do realizacji zadania polegającego na wykonywaniu boisk".

c) zarzut nr 3

Cały niniejszy zarzut opiera się ponownie wyłącznie na wadliwym odczytaniu przez Odwołującemu, względnie na skrajnie zmanipulowanym przytoczeniu przez niego zakresu robót, które — jako podwykonawcy — mają zrealizować podmioty, z których zasobów korzysta Przystępujący.

Owszem, „doradztwo i konsultacje" oraz „wspólny nadzór" wchodzą w zakres powierzonych im zakresów prac, ale są to jedynie jego elementy niemające podstawowego znaczenia. Przypomnieć należy w tym miejscu, że zakresy robót powierzonych każdemu z podwykonawców w rzeczywistości prezentują się następująco:

- G. S. „CHAMELEON CONSTRUCTION": budowa boiska piłkarskiego: wykonanie podbudowy, wykonanie instalacji odwadniającej (drenażu), nawadniającej, ogrzewania murawy, wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy robotach nawierzchniowych;

-GOSŁAW SPORT CENTER sp. z o.o.: budowa boiska piłkarskiego: wykonanie robót

nawierzchniowych, wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy: wykonaniu

podbudowy, wykonaniu instalacji odwadniającej (drenażu), nawadniającej, ogrzewaniu murawy.

Dowód: Oferta Przystępującego (w dokumentacji postępowania).

Opis zakresu robót powierzonych podwykonawcom, przedstawiony przez Odwołującego w sposób zasadniczy odbiega od rzeczywiście wskazanego w treści oferty (i takiego, które rzeczywiście będzie realizowane przez Przystępującego). Wysnucie tak daleko idących wniosków i przypisanie ofercie kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji wymagało całkowitego zmanipulowania treści tego zakresu przez Odwołującego oraz sporej dozy jego zlej woli. Należy zresztą podkreślić, że Odwołujący jedynie bardzo zdawkowo uzasadnia powyższy zarzut, co wskazywać może, że sam nie do końca ufa w jego zasadność.

Podkreślenia wymaga również — na marginesie absurdalności zarzutu - że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, który nie podjął się trudu przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na rzekomy charakter oferty Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji poza swoimi przypuszczeniami osnutymi na tle zakresu robót podwykonawców nieznajdującego się w treści oferty.

d) zarzut nr 4

Przywołanie w treści formularza ofertowego przez Przystępującego (korzystającego zresztą z załączników przygotowanych przez Zamawiającego, zawierających ten błąd) nieaktualnego oznaczenia jednostki redakcyjnej regulującej możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to jest przepisu art. 26 ust. 2b pzp w miejsce aktualnie obowiązującego art. 22a ust. 1 i nast. pzp, gdyby mogło mieć jakiekolwiek istotne znacznie, można by co najwyżej zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską. Trudno jest rozumnie przyjąć, że celem Przystępującego mogło być zaproponowanie sposobu realizacji zamówienia w sposób określony akurat w uchylonym przepisie, a nie w nowej regulacji. Jest tak nawet pomijając, że co do zasadniczych i istotnych dla Postępowania reguł instytucja ta nie uległa daleko idącym zmianom. Podobnie wysnuwanie wniosków o pominięciu wprowadzonej ponad 4 lata temu nowelizacji pzp jest działaniem nieuprawnionym i zdecydowanie zbyt daleko idącym.

Należy jednak wskazać i podkreślić, że przedłożone wraz z ofertą oświadczenia podmiotów

trzecich są sformułowane prawidłowo, z przywołaniem oraz uwzględnieniem przepisów art. 22a pzp.

Dowód: Załączniki do SIWZ (w dokumentacji postępowania)

Oświadczenia w ofercie Przystępującego (w dokumentacji postępowania).

Interpretacja przepisów pzp w tym zakresie przedstawiona przez Odwołującego nacechowana jest skrajnym i nie mającym jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia formalizmem. Warto podkreślić za wyrokiem Izby z dnia 16 lipca 2015 roku (KIO 1414/15), że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem celem samym w sobie, lecz ma służyć realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, odpowiadającej potrzebom zamawiającego), z poszanowaniem zasad jawności, przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

e) zarzut nr 5

Pomijając już dość wyraźny rozdźwięk między opisanym przez Odwołującego uchybieniem a wnioskami, które z nich wysnuwa, należy wskazać z całą stanowczością, że opisany dokument, który Odwołujący uważa za brakujący, został złożony wraz z ofertą.

Odmienne przekonanie Odwołującego wynika zapewne jedynie stąd, że otrzymał od Zamawiającego kopię dokumentacji powieloną jednostronnie, podczas gdy oświadczenie podmiotu GOSŁAW SPORT CENTER sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim znajduje się na odwrocie zobowiązania tego podmiotu do udzielenia zasobów.

Dowód: Oferta Przystępującego (w dokumentacji postępowania)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba dokonała ustaleń i badania zarzutów odwołania

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie części zespołu

boisk treningowych przy ul Olimpijskiej w Zabrzu (numer referencyjny SZ/ZP/1/2020), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych: 549173-N-2020 z dnia

9 czerwca 2020r.

Odwołanie złożono od czynności zamawiającego z dnia 22 lipca 2020 roku wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu.

Czynności zamawiającego zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy PZP.:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego/przystępującego, pomimo nie spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego, gdyż nie można uznać, że przedłożenie zobowiązania do użyczenia zasobów od podmiotów, z których żaden nie spełnia samodzielnie wymogu doświadczenia zawodowego, jest wystarczające,

2. art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego

pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ podmioty trzecie, na których zasoby się powołał, nie miały zrealizować zamówienia,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ dowolne manipulowanie posiadanym doświadczeniem, polegające na bezrefleksyjnym sumowaniu różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, celem uzyskania zamówienia

publicznego, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu,

4. art. 89 ust. 1 pkt 1 przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która jest niezgodna z ustawą PZP, w zakresie oświadczenia wykonawcy wybranego, znajdującego się w pkt 9 oferty, ze względu na powołanie się na nieobowiązujący przepis tj. art. 26 ust. 2b PZP,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 22a ust.3 przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią pkt 12 ppkt 2 lit.c. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), ze względu na brak przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 w odniesieniu do podmiotu - Gosław Sport Center sp. z o.o., na zasobach którego wykonawca wybrany polega, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 i 4, a który to podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniej, oferty złożonej przez przystępującego po stronie zamawiającego,

2. nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego po stronie zamawiającego z

postępowania, względnie odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako niespełniającej wymogów

siwz,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zasadniczy zarzut odwołania (nr 1) dotyczy braku prawa wykonawcy wybranego, w kontekście przepisów ustawy PZP oraz siwz, do przedstawienia doświadczenia zawodowego pochodzącego od dwóch podmiotów, które zostały zgłoszone w formularzu oferty jako podwykonawcy (pkt 6) i podmioty spełniające warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego (pkt 9). Zdaniem odwołującego, jeżeli wykonawca powołuje się w doświadczeniu zawodowym na doświadczenie podmiotu zewnętrznego, który ma wykonywać roboty budowlane to powinien być to jeden podmiot a nie dwa podmioty jak to ma miejsce w ofercie wykonawcy wybranego. Pozostałe zarzuty odwołania (nr od 2 do 5) stanowią konsekwencje zasadniczego zarzutu (nr 1). Przy czym zarzut nr 5 dotyczy braku oświadczenia jednego z podmiotów o spełnieniu warunku udziału w postepowaniu (Gosław Sport Center sp. z o.o.).

Izba przed rozstrzygnięciem zarzutów odwołania rozpoznała wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego. Odwołujący i zamawiający nie zgłosili braku skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy wybranego ani opozycji przeciw przystąpieniu. Izba mając na uwadze warunki dopuszczenia do przystąpienia określone w przepisie art.185 PZP postanowiła o dopuszczeniu do postępowania odwoławczego wykonawcy wybranego.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie/wykonawca wybrany zgłosili wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt7) PZP z powodu nie przesłania zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art.180 ust.5 PZP. Według twierdzenia zamawiającego, nie otrzymał kopii odwołania w ustawowym terminie. Z kolei odwołujący zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego. Izba rozpoznając wniosek uwzględniła okoliczność, że do odwołania załączono wydruk maila wskazującego na przesłanie odwołania zamawiającemu przed upływem ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Zarówno zamawiający jak i przystępujący przedstawili w złożonych pismach (w aktach sprawy) argumentację formalną i prawną popierającą wniosek za odrzuceniem odwołania. Z kolei odwołujący złożył pismo procesowe (w aktach sprawy) za nie uwzględnieniem wniosku o

odrzucenie odwołania. Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika ustaliła, że w

Ogłoszeniu o zamówieniu podano e-mail:biuro@arena-zabrze.pl, a w siwz podano e-mail: . oraz, że odwołujący wysłał kopię odwołania na jeden z podanych powyżej e-mali. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego o braku aktywności adresu mailowego, na który wysłano kopię odwołania. Izba uznała, że zamawiający nie obalił dowodowo domniemania prawnego o możliwości zapoznania się z treścią odwołania, wobec przesłania mailowo kopii odwołania na jeden z adresów podanych w dokumentacji postępowania zamawiającego (Ogłoszenie o zamówieniu i siwz), w myśl postanowienia przepisu art.180 ust.5 PZP.

Izba nie stwierdziła spełnienia przesłanek do odrzucenia odwołania określonych w przepisie art.189 ust.2 w tym w jego pkt 7) PZP.

Izba, uwzględniając uzasadnienie zawarte w odwołaniu o posiadaniu interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, uznała jego prawo do wniesienia odwołania i merytorycznie rozpoznała odwołanie.

Istota zarzutu odwołania sprowadza się do okoliczności, że wykonawca wybrany powołał się w złożonej ofercie na spełnienie warunku doświadczenia zawodowego, wykazując jego spełnienie przez dwóch podwykonawców, którzy udostępniają zasoby doświadczenia wykonawcy wybranemu. Zdaniem odwołującego wykonawca wybrany, powinien sam albo przez podmiot zewnętrzny wykazać wymagane doświadczenie zawodowe przez wykazanie doświadczenia przez jednego wykonawcę. Zamawiający w siwz wymaga od wykonawcy aby wykazał doświadczenie przez wykonanie co najmniej trzech boisk o nawierzchni z trawy naturalnej o minimalnych wymiarach100x65m. W tym minimum jedno boisko o nawierzchni z trawy wysiewanej wyposażone w następujące instalacje: odwadniającą(drenaż), nawadniającą, ogrzewania murawy i oświetleniową z masztami oświetleniowymi o wysokości min.15 m., o wartości zadania min.1.500.000,00 złotych (pkt 11 ppkt2 siwz). Tak więc spór

sprowadza się do rozstrzygnięcia czy doświadczenia to musi obejmować jednocześnie dwa

boiska i trzecie boisko z określonymi instalacjami, przez jednego wykonawcę czy może skutecznie być wykazane, jak to uczynił i zaakceptował zamawiający przez dwóch wykonawców (jeden wykonał dwa boiska o nawierzchni z trawy naturalnej a drugi wykonał jedno boisko z wyszczególnionymi parametrami to jest instalacjami i o wymaganej wartości). Na tę okoliczność Izba przeprowadziła na rozprawie dowód z formularza ofertowego wykonawcy wybranego i dokonała następujących ustaleń.

Formularz ofertowy pkt. 6 przystępującego, gdzie zawarte jest oświadczenie o podwykonawcach i zakresach ich robót oraz wzajemnych (wspólnych) nadzorach w tym doradztwie i konsultacjach przy robotach, które wykonują obydwaj podwykonawcy wzajemnie w zakresie wykonywanych robót budowlanych. I tak wykonawca, który wykonuje boisko

piłkarskie obejmujące podbudowę, wykonanie instalacji odwadniającej - drenaż, nawadniającej, ogrzewania murawy, będzie wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy robotach nawierzchniowych, a wykonawca, który wykonuje boisko piłkarskie obejmujące wykonanie robót nawierzchniowych zapewnia w ramach podwykonawstwa wspólny nadzór, w tym doradztwo i konsultacje przy wykonaniu podbudowy w zakresie instalacji odwadniającej - drenaż, nawadniającej, ogrzewania murawy.

W pkt 9 formularza ofertowego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art.22ust.1 PZP wykonawca wybrany powołuje się na zasoby podwykonawców j. w. w zakresie budowy boiska sportowego w zakresie wykonania podbudowy jeden wykonawca (jedno boisko z instalacjami) i w zakresie wykonania robót nawierzchniowych drugi wykonawca (dwa boiska).

Izba kolejno przeprowadziła dowód z załącznika do pisma wykonawcy wybranego z dnia 17.07.2020r. - wykaz robot budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w których potwierdzono zgodnie z deklaracją podwykonawstwa (pkt 6 formularza ofertowego) i doświadczenia zawodowego podmiotów zewnętrznych (pkt 9 formularza ofertowego) wykonanie ilości i rodzaju robót opisanych powyżej zgodnie z wymaganiami siwz. Dodatkowo w wykazie robót zamieszczono doświadczenie wykonawcy wybranego/przystępującego w zakresie budowy boiska pełnowymiarowego ze sztucznej trawy wraz z instalacjami.

Izba na okoliczność prawa łączenia robót w zakresie wykazania doświadczenia zawodowego opisanego w siwz i przywołanego powyżej, przeprowadziła dowód z pytania i odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 1 lipca 2020 r.

„Prosimy o potwierdzenie, że zgodnie z art.23 ustawy pzp, oraz pkt 14 SIWZ wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a spełnienie warunków wskazanych w art.22 ust.1 upzp mogą spełniać łącznie, tj. doświadczenie członków konsorcjum się sumuje.”

Zamawiający w dniu 1 lipca 2020r. udzielił odpowiedzi „Tak, jest możliwe łączenie potencjałów poszczególnych członków konsorcjum w zakresie doświadczenia”.

Regulacja w zakresie wykonawców składających wspólnie ofertę zawarta jest w pkt 14 siwz. I tak „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art.24 ust.1 upzp, natomiast spełnianie warunków wskazanych w art.22 ust.1 upzp muszą spełniać łącznie”. Pkt 14.4. jeżeli wybrana zostanie oferta Wykonawców występujących wspólnie, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający będzie wymagał złożenia umowy regulującej współpracę tych podmiotów.”

Izba w stanie faktycznym i prawnym, przedstawionym oraz argumentowanym w treści

odwołania, odpowiedzi na odwołanie jak i w piśmie przystępującego (przedstawionym we

wstępnej części uzasadnienia), podsumowanym w powyższej części uzasadnienia pn.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, w następujący sposób ocenia zasadność i

skuteczność zarzutów odwołania, który przekłada się na rozstrzygnięcie odwołania.

Odwołujący czynności zamawiającego, wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego

po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego, postawił zarzuty naruszenia następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego pomimo nie spełnienia wymogu doświadczenia, gdyż nie sposób uznać, że przedłożenie zobowiązania do użyczenia mu zasobów od podmiotów, z których żaden nie spełnia samodzielnie tego wymogu, jest wystarczające dla uznania, że wymóg ten został spełniony.

2. art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem podmioty trzecie, na którego zasoby się powołał, nie miały zrealizować zamówienia.

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem dowolne manipulowanie posiadanym doświadczeniem, polegające na bezrefleksyjnym sumowaniem różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, celem uzyskania zamówienia publicznego, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu

4. art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która jest niezgodna z ustawą, w zakresie oświadczenia wykonawcy wybranego, znajdującego się w pkt. 9 oferty, ze względu na powołanie się na nieobowiązującą normę prawną, tj. art. 26 ust. 2b PZP.

Przywołana podstawa prawna do rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu ma charakter ogólny, ponieważ mówi o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w przypadku nie spełnienia warunków udziału w postepowaniu co przekłada się w niniejszej sprawie na brak wymaganego w siwz doświadczenie zawodowego (wykonanie dwóch boisk z trawy naturalnej i jednego boiska z trawy naturalnej ale z opisanymi instalacjami). Zagadnieniem szczegółowym do rozstrzygnięcia jest na jakich zasadach wykonawca, który nie posiada wymaganego doświadczenia może posłużyć do jego spełnienia zasobami zewnętrznych podmiotów czy też wejść w konsorcjum z innymi podmiotami. Prawo zamówień publicznych szanuje zasadę uczciwej konkurencji (art.7 ust.1 PZP) co wyraża się w instytucjach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia (art.23 PZP), jak i młodszej instytucji jaką jest korzystanie z cudzych zasobów w tym doświadczenia zawodowego (art.22 a PZP). Rozwijając zasadę konkurencji ustawa PZP wprowadziła również instytucję podwykonawstwa (art.36 b i art. 36 ba PZP). Te instytucje przez odwołującego są akceptowane na ich ogólnym poziomie (korzystanie z cudzych zasobów doświadczenia zawodowego i podwykonawstwo). W tym wypadku problemem spornym jest, co wyraża odwołujący w postawionym zarzucie, prawo wykonawcy do przedstawienia cudzego zasobu przez doświadczenie i podwykonawstwo więcej niż jednego podmiotu, które łącznie posiadają wymagane doświadczenie. Na rozprawie odwołujący to przekonanie wyraził jednoznacznie stwierdzając, że z przystępującym z szacunkiem od lat konkuruje na rynku budowy boisk sportowych, ale nie zgadza się z rozwiązaniem przedstawionym w ofercie przystępującego. Zdaniem odwołującego cudzy zasób doświadczenia zawodowego i podwykonawstwo powinien spełniać jeden podmiot a nie dwóch (jeden dwa boiska z trawy naturalnej i drugi jedno boisko też z trawy naturalnej ale z instalacjami w podbudowie boiska). Izba poszukując rozstrzygnięcia dla zawisłego sporu dokonała analizy instytucji polegania na zdolnościach zawodowych innych podmiotów (art.22a PZP) jak i prekursorskiej instytucji wspomagania wykonawcy czyli wspólnego składania oferty(art.23 PZP). Izba z uwagi na modernizację, na przestrzeni ostatnich kilku lat, obydwu tych instytucji, to jest opierania się na cudzych zdolnościach jak i wspólnym składaniu ofert, prześledziła siwz pod kątem szczególnych rozwiązań formalnych i prawnych wprowadzonych przez zamawiającego. W rozdziale 10.Podwykonawcy nie ma szczególnych regulacji

odbiegających od standardu ustawy PZP. Zamawiający przewiduje między innymi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W ofercie wykonawcy wybranego sprowadza się to do powierzenia jednemu podwykonawcy budowy podbudowy boiska wraz z instalacjami z wspólnym nadzorem w tym doradztwem i konsultacjami przy robotach nawierzchniowych a drugiemu powierzenia budowy robót nawierzchniowych z wspólnym nadzorem w tym doradztwem i konsultacjami przy wykonaniu podbudowy. W siwz stwierdza się, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia (stąd wspólny nadzór wzajemny z podwykonawcami w formularzu ofertowym).

Szczegóły dotyczące Podwykonawców znajdują się w projekcie umowy. Stąd prawo wykonawcy do przedstawienia doświadczenia dwóch podwykonawców/udostepniających zasoby, a nie jednego podwykonawcy/udostepniającego zasoby (podział na wykonanie podbudowy boiska z instalacjami i nawierzchni boiska z trawy naturalnej). W rozdziale 11 warunki udziału oraz opis sposobu ich spełnienia, źródło sporu pkt2 „wykonawca spełnia ten warunek jeżeli „wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (...) co najmniej trzech boisk"(o nawierzchni z trawy naturalnej w tym jedno wyposażone w określone instalacje". W rozdziale 14 Podmiot wspólny - konsorcjum "W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art.24 ust.1 upzp, natomiast spełnianie warunków wskazanych w art.22 ust.1 muszą spełniać łącznie." Do ostatecznego rozstrzygnięcia zawisłego sporu Izba przywołuje cytowane pytanie i odpowiedź nr 3 z dnia 1 lipca 2020r. zamawiającego („Tak, jest możliwe łączenie potencjałów poszczególnych członków konsorcjum w zakresie doświadczenia".).

Podsumowując w ocenie Izby odwołujący mógł mieć wątpliwość czy wymóg doświadczenia zawodowego ma pochodzić od jednego podmiotu czy też dwóch podmiotów na tle zapisu w Rozdziale 11 Warunki udziału w postępowaniu (pkt 2 warunek posiadania wiedzy i doświadczenia), gdzie użyty jest zwrot „Wykonawca" a nie „wykonawcy". Taka wątpliwość mogłaby powstać gdyby odwołujący czytał i rozumiał z całej siwz tylko Rozdział 11 pkt 2, ale nic go nie usprawiedliwia od pominięcia pozostałych postanowień siwz, odpowiedzi zamawiającego i regulacji prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby odwołujący zastosował karkołomną i bezpodstawną interpretację postanowienia siwz, oderwaną od regulacji ustawy PZP, dających swobodę podejmowania decyzji przy przygotowywaniu ofert dla wykonawców, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Izba w zakresie postawionych zarzutów odwołania (od 1 do 4) nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów art.24 ust.1 pkt 12 PZP(1), art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP(2), art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP(3), art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP(4) i postanowień siwz związanych z oceną spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zawodowego, w związku ze złożoną ofertą wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego.

Żądanie odwołującego wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty jest nieuzasadnione.

Kwitując rozstrzygnięcie co do postawionych zarzutów od 1 do 4 Izba stwierdza jak poniżej.

> 1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego pomimo nie spełnienia wymogu doświadczenia, gdyż nie sposób uznać, że przedłożenie zobowiązania do użyczenia mu zasobów od podmiotów, z których żaden nie spełnia samodzielnie tego wymogu, jest wystarczające dla uznania, że wymóg ten został spełniony.

W przedmiotowej sprawie, podmioty udostępniające zasoby i będące podwykonawcami robót budowlanych nie muszą samodzielnie spełniać wymogu doświadczenia w zakresie wiedzy i zawodu, ponieważ mogą łącznie (wspólnie) spełniać ten wymóg. Zarzut nie wykazany.

> 2. Naruszenie art. 22a ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przez nie wykluczenie wykonawcy wybranego, pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem podmioty trzecie, na którego zasoby się powołał, nie miały zrealizować zamówienia.

Oświadczenia wykonawcy wybranego w Formularzu ofertowym w pkt 9 (udostępnianie zasobów) i w pkt 6 (podział robót między podwykonawcami w tym nadzór przez wykonawcę wybranego oraz doradztwo i konsultacje przez podwykonawców na obydwu frontach robót (podbudowa z instalacjami, nawierzchnia, boiska sportowego) są gwarancją, że sposób wykonania robót, ustalony przez wykonawcę wybranego, zapewnia realizację zamówienia z udziałem podwykonawców. Zarzut nie wykazany.

> 3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem dowolne manipulowanie posiadanym doświadczeniem, polegające na bezrefleksyjnym

sumowaniem różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, celem uzyskania zamówienia publicznego, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby oferta wykonawcy wybranego nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Sumowanie przez wykonawcę wybranego udostępnionego przez podmioty zewnętrzne zasobu wiedzy i doświadczenia zawodowego nie jest ani „dowolnym manipulowaniem", ani „bezrefleksyjnym sumowaniem", w kontekście treści postanowień siwz jak i przepisów oraz norm PZP. Zarzut nie wykazany.

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP przez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która jest niezgodna z ustawą, w zakresie oświadczenia wykonawcy wybranego, w pkt. 9 oferty, ze względu na powołanie się na nieobowiązującą normę prawną, tj. art. 26 ust. 2b PZP.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, powołanie się na zasady określone w przepisie art.26 ust.2 b PZP (przepisu uchylonego), nie świadczy o wyborze oferty, która jest niezgodna z art.89 ust.1 pkt 1PZP(oświadczenie wykonawcy wybranego w pkt 9 formularza ofertowego). Bowiem zasady określone w uchylonym art.26 ust.2b PZP zostały przeniesione do art.22 a ust.1 i 2 PZP. Reasumując powołanie w tej sytuacji uchylonego przepisu PZP stanowi naruszenie formalne a nie merytoryczne w stosunku do PZP. Zarzut nie wykazany.

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 22a ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie, polegające na wyborze oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 12, ppkt. 2 lit. c. SIWZ), ze względu na brak przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP w odniesieniu do podmiotu - Gosław Sport Center sp. z o.o., na zasobach którego Wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 i 4 PZP, a który to podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Zarzut bezprzedmiotowy. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP znajdowało się na odwrocie zobowiązania do udostepnienia zasobów (akta sprawy - dokumentacja zamawiającego z prowadzonego postępowania).

Podsumowując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, nie stwierdzono w postepowaniu zamawiającego naruszenia przepisów PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 b oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00 zł. na rzecz zamawiającego z tytułu kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika.

Przewodniczący: .....