Sygn. akt: KIO 2617/21

POSTANOWIENIE
z dnia 20 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2021 r. przez wykonawcę: TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Cieszyn z siedzibą w Cieszynie,

przy udziale:

A. wykonawcy BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2617/21

Gmina Cieszyn z siedzibą w Cieszynie (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” - w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie modernizacji stadionu miejskiego przy al. Łyska w Cieszynie”. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00093898.

W dniu 3 września 2021 r. wykonawca TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „TAMEX”) wniósł odwołanie na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w sposób nielegalnie ograniczający uczciwą konkurencję,

2. prowadzenie przetargu z opisem przedmiotu zamówienia (Projekt architektoniczno-budowlany - zamienny z maja 2021 r. dla inwestycji dotyczącej modernizacji stadionu l.a. w Cieszynie.), który:

a) nie jest uzgodniony z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki,

b) nie był oceniany przez Ministerstwo Sportu, i brak jest dowodów, że obecny projekt uzyskałby identyczną ilość punktów dodatnich i ujemnych, w konsekwencji, czy w ogóle uzyskałby dofinansowanie, w jakiej wysokości,

c) brak zmiany opisu przedmiotu zamówienia i doprowadzenie go do stanu znanego Polskiemu Związkowi Lekkiej Atletyki i uzgodnionemu z tym Związkiem,

d) sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (uchwała podjęta przez Zarząd Polskiego

Związku Lekkiej Atletyki - Uchwała nr 21/2021 z dnia 04.06.2021), oraz zaniechanie zapewnienia najlepszej jakości w zakresie przedmiotu zamówienia,

e) zaniechaniu faktycznej weryfikacji rynku pod kątem ilości ofert, jakie mogą być złożone (z uwzględnieniem treści warunków udziału w postępowaniu) w postępowaniu:

• gdyby Zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia projekt z 2018 r.,

• po uwzględnieniu przez Zamawiającego w OPZ projektu z roku 2021 r., lecz poleganie na gołosłownych oświadczeniach,
alternatywnie:

f) zaniechaniu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jego realizacja nie leży w interesie publicznym, oraz nie będzie odpowiadać zidentyfikowanym potrzebom Zamawiającego, oraz z uwagi na wadę prawną postępowania.

Odwołujący stwierdził, że przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust 1 Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty co doprowadziło do uprzywilejowania wykonawców posiadających licencję na nawierzchnię sportową TETRAPUR ENZ III M oraz do wyeliminowania niektórych wykonawców (w tym TAMEX, którego nawierzchnia spełnia nie tylko wszystkie potrzeby Zamawiającego formułowane począwszy od dnia złożenia wniosku o dofinansowanie po dzień dzisiejszy, a nadto która spełnia wszystkie wytyczne wynikające z uchwały podjętej przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki - Uchwała nr 21/2021 z dnia 04.06.2021.), posiadających licencję na inną nawierzchnię sportową, która spełnia uzasadnione potrzeby Zamawiającego; w skutek powyższego Zamawiający określił wymagania

OPZ w sposób, który naruszają zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, skoro prowadzi postępowanie na przedmiot zamówienia nieznany Polskiemu Związku Lekkiej Atletyki i Ministerstwu Sportu,

ewentualnie:

2. art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 255 pkt 5 i 6 Pzp w związku z 99 ust. 1 i 4 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania gdyż Zamawiający nie uzyska Świadectwa PZLA dla stadionu, którego projekt nie posiada pozytywnej opinii i uzgodnienia

Komisji Obiektów i Urządzeń PZLA, więc straci dofinansowania Ministerstwa Sportu i przy obecnym opisie przedmiotu zamówienia zbuduje obiekt, na którym nie będą mogły odbywać się Mistrzostwa Polski w wybranych konkurencjach oraz mitingi międzynarodowe, na których Zamawiającemu szczególnie zależy. Zamawiający opisał - jak się okazało po raz trzeci - opis przedmiotu zamówienia, który zataił przed Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki, i przed Ministerstwem Sporu, zaś przed Krajową Izbą Odwoławczą zataił fakt, że finansowanie Ministerstwa Sportu i akceptację PZLA uzyskał na obiekt z innymi parametrami nawierzchni, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, więc nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

- dokonaną zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,

- przesunął termin składania odwołania o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie

opracowanie oferty

- ewentualnie unieważnił prowadzone postępowanie.

Uzasadniając zachowanie terminu na wniesienie odwołania TAMEX wskazał, że o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął wiadomość w dniu 24 sierpnia 2021 r., w którym zapoznał się z dokumentację zamienną do projektu budowlanego na wykonanie przedmiotu zamówienia, przekazaną w tym dniu przez Polski Związek Lekkiej Atletyki, oraz w dniu 26 sierpnia 2021 r., w którym zapoznał się dokumentacją wniosku Zamawiającego do Ministerstwa Sportu o dofinansowanie stadionu miejskiego w Cieszynie, przekazaną w tym dniu przez Zamawiającego. Na końcu Odwołujący stwierdził, że odwołanie jest wnoszone 3 września 2021 r., w związku z czym uznać należy, że uczynił on zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 6 września 2021 r. ze strony Odwołujące wpłynęło pismo zatytułowane „KOREKTA OCZYWISTEJ OMYŁKI PISARSKIEJ", w treści którego Odwołujący wnosił o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, zawartej w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2021 r. Odwołujący wyjaśniał m. in., że „W ustępie V odwołania (strona 2 odwołania), oprócz treści zawartej w tym ustępie, omyłkowo nie została przytoczona treść wskazana poniżej na czerwono, która to treść wynika z uzasadnienia odwołania, i która - w myśl art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych - uzasadnia terminowość zarzutu alternatywnego dot. unieważnienia postępowania: V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 24 sierpnia 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się z dokumentację zamienną do projektu budowlanego na wykonanie przedmiotu

zamówienia, przekazaną w tym dniu przez Polski Związek Lekkiej Atletyki, oraz w dniu 26 sierpnia 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się dokumentacją wniosku Zamawiającego do Ministerstwa Sportu o dofinansowanie stadionu miejskiego w Cieszynie, przekazaną w tym dniu przez Zamawiającego oraz w dniu 30 sierpnia 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się z oświadczeniem wydanym przez Polski Związek Lekkiej Atletyki o braku możliwości wydania certyfikatu przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 03 września 2021 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący dochował regulacji art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp".

W dniu 8 sierpnia 2021 r. do Izby ze strony wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej wpłynęło pismo zawierające informacje o przystąpieniu ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego wraz z wnioskiem o odrzucenie odwołania. W treści pisma wykonawca podniósł m. in, że: „Po zapoznaniu się z treścią wniesionego w dacie 3.09.2021 r. pisma należy, stwierdzić, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt. 3) ustawy Pzp jako wniesione po terminie. Odrzucenie dotyczy zarówno samych zarzutów, które odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, jak i rzekomych czynności, które zdaniem Odwołującego ujawniły się w dniu 24.08.2021 r. oraz w dniu 26.08.2021 r. Niniejsze postępowanie jest postępowaniem nie przekraczającym progów unijnych o których mowa w art. 3 ustawy pzp, a więc termin na wniesienie odwołania od wszelkich czynności wynosi 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy dołożeniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ogłoszenie o zamówieniu i treść swz zostały zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania w dniu 24.06.2021 r. tak więc termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, prowadzenia postępowania w oparciu o projekt zamienny z maja 2021 r., weryfikacji rynku i wszelkich czynności związanych z prowadzonym postępowaniem upłynął w dniu 29.06.2021 r. Całość opz w tym dokumentacja projektowa i wszelkie dokumenty techniczne zostały opublikowane w dacie wszczęcia postępowania. Tym samym wszelkie informacje dotyczące prowadzonego postępowania wykonawca powziął a również dokładając należytej staranności mógł powziąć po ukazaniu się treści swz, mowa tu o uzgodnieniach z PZLA. Ponadto jak wskazano w treści odwołania kolejne terminy to 24.08.2021 r. oraz 26.06.2021 r. w stosunku do tych dat termin na zaskarżenie jakichkolwiek okoliczności, rzekomo ujawnionych w tych datach upłynął odpowiednio w dniu 29.08.2021 r. i 31.08.2021 r. Zamawiający bowiem w datach wskazanych w treści odwołania nie dokonywał żadnych nowych czynności odnoszących się do opz, czy prowadzonego postępowania. Ponadto należy podkreślić, że w kwestii opisu przedmiotu zamówienia a także rzekomych okoliczności podnoszonych jako nowe ujawnionych w ww. datach orzekała już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26.08.2021 r. sygn. akt. KIO 1951/21, bowiem dokumenty na które powołuje się Odwołujący oraz okoliczności wskazane w treści odwołania były przytoczone na rozprawie w dniu 25.08.2021 r. i Krajowa Izba Odwoławcza otrzymała je jako dowody w sprawie, stwierdzając jednocześnie w treści orzeczenia, że nie uwzględnia podniesionych w trakcie rozprawy nowych zarzutów dotyczących braku możliwości złożenia oferty wskazującej na nawierzchnię MONDO, przygotowania postępowania, w tym zmian projektu, zakresu uzgodnień z PZLA oraz niezgodności OPZ z projektem uzgodnionym z PZLA, bowiem zarzutów tych nie ujęto w złożonym odwołaniu. Tym samym Izba oceniła już przedłożone dowody, co dodatkowo wskazuje na konieczność odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt. 4) ustawy pzp. W zakresie pisma z dnia 6.09.2021 r. stanowiącego rzekomo korektę oczywistej omyłki pisarskiej, należy wskazać, że jest to próba przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Po pierwsze w treści odwołania, wniesionego w dniu 3.09.2021 r. powołano się na pismo z dnia 30.08.2021 r. A zatem nie mamy do czynienia z żadną oczywista omyłką tylko próbą znalezienia jakiegokolwiek terminu. Tym bardziej jest to nieuzasadnione, że pismo z dnia 30.08.2021 r. stanowiące rzekomo początek biegu terminu do wniesienia odwołania nie odzwierciedla jakichkolwiek czynności zamawiającego, które byłyby nowe czy ujawnione w tej dacie. Tak więc nie jest to żadna okoliczność mająca wpływ na prowadzone postępowanie. Tym bardziej, że Krajowa Izba Odwoławcza wydając wyrok w tej sprawie stwierdziła, że nie jest dopuszczalne, aby Izba oceniała czynności Zamawiającego w zakresie kompetencji PZLA. Skoro zatem w niniejszym postępowaniu odbyła się rozprawa merytoryczna dotycząca opisu przedmiotu zamówienia, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2013 r. - KIO 246/13) oddalenie odwołania należy odczytywać jako potwierdzenie prawidłowości dotychczasowych działań zamawiającego. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2017 r. - KIO 2358/17. Tak więc niedopuszczalna jest sytuacja, w której profesjonalny wykonawca przywołuje w odwołaniu okoliczności znane (lub możliwe do ustalenia, przy zachowaniu należytej staranności) na wcześniejszym etapie postępowania, których nie kwestionował w drodze dostępnych mu środków ochrony prawnej. W sprzeczności z zasadą koncentracji jest przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł, co najmniej powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania. Niniejsze odwołanie ma na celu jedynie przewlekłość postępowania. Tym samym wnoszę o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym".

Do Izby również w dniu 8 września 2021 r. wpłynęło pismo o ze strony wykonawcy BSG Sp. z. o.o. z siedzibą w Zgierzu w którym wykonawca nie tylko zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ale podobnie jak wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej złożył wniosek o odrzucenie odwołania, który uzasadnił w następujący sposób:
„Przystępujący, po zapoznaniu się z treścią odwołania z dnia 3 września 2021 roku wnosi o jego odrzucenie:

- na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że wniesione zostało po upływie terminu do wniesienia odwołania,

- na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 1951/21.

I. Art. 528 pkt 3 ustawy Pzp

Niniejsze postępowanie jest postępowaniem poniżej progów unijnych - a więc termin na wniesienie odwołania od wszelkich czynności wynosi 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy dołożeniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ogłoszenie o zamówieniu i treść SWZ zostały zamieszczone przez Zamawiającego na stronie prowadzonego postępowania w dniu 24 czerwca 2021 roku, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania w zakresie wszelkich zarzutów dotyczących sformułowania opisu przedmiotu zamówienia (w tym: prowadzenia postępowania w oparciu o projekt zamienny z maja 2021 roku, weryfikacji rynku i wszelkich czynności związanych z prowadzonym postępowaniem) - upłynął w dniu 29 czerwca 2021 roku. Jest to o tyle istotne, że całość dokumentacji OPZ (w tym dokumentacja projektowa, techniczna itd.) zostały opublikowane w tej samej dacie, tj. w dniu 24 czerwca 2021 roku i aktualnie nie doszło do zamieszczenia żadnych dodatkowych dokumentów, które ponownie otworzyłyby termin na wniesienie odwołania dla Wykonawców. Oznacza to, że wszelkie informacje dotyczące prowadzonego postępowania Odwołujący powziął (a również dokładając należytej staranności mógł powziąć) w powyższym terminie, tj. po ukazaniu się treści SWZ.

Odwołujący powołuje się w tym zakresie na rzekome czynności, które zdaniem Odwołującego ujawniły się w dniu 24 sierpnia 2021 roku oraz w dniu 26 sierpnia 2021 roku, jednakże po pierwsze dotyczą one okoliczności znanych już w momencie opublikowania SWZ, tj. w dniu 24 czerwca 2021 roku, zaś po drugie nawet gdyby przyjąć, że są to nowe okoliczności (co Przystępujący kwestionuje) w stosunku do tych dat termin na zaskarżenie jakichkolwiek okoliczności upłynął odpowiednio w dniu 29 sierpnia 2021 roku i 31 sierpnia 2021 roku (zaś odwołanie zostało złożone w dniu 3 września 2021).

W zakresie pisma z dnia 6 września 2021 roku zatytułowanego jako „skorygowanie oczywistej omyłki w treści odwołania” wskazać należy, że jest to wyłącznie próba przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, co jest niedopuszczalne.

Po pierwsze w treści odwołania, wniesionego w dniu 3 września 2021 roku Odwołujący powołał się już na pismo z dnia 30 sierpnia 2021 roku a zatem nie mamy do czynienia z żadną oczywistą omyłką - a wyłącznie próbą znalezienia jakiegokolwiek terminu, który otworzyłby Odwołującemu drogę do złożenia ponownego odwołania opartego na tej

samej podstawie co w sprawie o sygn. akt: KIO 1951/21.

Po drugie, jest to o tyle nieuzasadnione, że pismo z dnia 30 sierpnia 2021 roku nie odzwierciedla jakichkolwiek nowych czynności Zamawiającego, które byłyby nowe czy ujawnione w tej dacie, a zatem nie jest to żadna okoliczność mająca wpływ na prowadzone postępowanie.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza wydając wyrok w tej sprawie stwierdziła, że nie jest dopuszczalne, aby Izba oceniała czynności Zamawiającego w zakresie kompetencji PZLA, a co za tym idzie argumentacja przywołana w odwołaniu z dniu 3 września 2021 roku została już przez Izbę oceniona.

II. Art. 528 pkt 4 ustawy Pzp

Ponadto należy podkreślić, że w niniejszej sprawie orzekała już Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 26 sierpnia 2021 roku (KIO 1951/21). W toku tego postępowania rzekome „nowe" okoliczności, stanowiące podstawę zarzutów odwołania z dnia 3 września 2021 roku już pojawiły się na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2021 roku - i Izba otrzymała je jako dowody w sprawie stwierdzając jednocześnie w treści orzeczenia, że nie uwzględnia podniesionych w trakcie rozprawy nowych zarzutów dotyczących braku możliwości złożenia oferty wskazującej na nawierzchnię MONDO, przygotowania postępowania, w tym zmian projektu, zakresu uzgodnień z PZLA oraz niezgodności OPZ z projektem uzgodnionym z PZLA, bowiem zarzutów tych nie ujęto w złożonym odwołaniu.

Tym samym Izba oceniła już przedłożone w odwołaniu z dnia 3 września 2021 roku dowody, co dodatkowo wskazuje na konieczność odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt. 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego. (...) Z powyższego wynika tym samym, że odwołanie Wykonawcy TAMEX z dnia 3 września 2021 roku ma na celu jedynie przewlekłość postępowania, z uwagi na co Przestępujący wnosi o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym".

W dniu 14 września 2021 r. do Izby ze strony Odwołującego wpłynęło pismo procesowe, w treści którego wykonawca TAMEX złożył m. in. następujące wyjaśnienia: „(.) z najdalej idącej ostrożności, Odwołujący wykazuje poniżej, że nie ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania. (.) Analizując poszczególne przesłanki, uznać należy, że żadna z nich nie ziściła się. (.) Odwołujący powołuje się w odwołaniu na zupełnie nowe okoliczności faktyczne, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania (w szczególności w sprawie o sygn. akt KIO 1951/21), dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Odwołanie nie dotyczy również czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub gdyż w wyniku przeprowadzonego postępowania KIO 1951/21 Zamawiający nie podjął żadnych czynności. Dalej, niniejsze odwołanie nie jest wnoszone na czynność Zamawiającego, lecz na zaniechanie, o którym Odwołujący powziął wiadomość w dniu 01.09.2021 r. Zaś z uwagi na fakt, że pierwsze odwołanie wnoszone w toku Postępowania nie było uwzględnione, nie można uznać, że przedmiotowe odwołanie dotyczy przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. (.) Odnosząc się do przesłanki z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, oraz do wniosku przystępującego do postępowania odwoławczego o odrzucenie przedmiotowego odwołania z uwagi na uchybienie terminu, Odwołujący podkreśla, że termin określony w ustawie Pzp został dochowany. Podstawą prawną dla terminowości wnoszonego odwołania jest bowiem przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, (.). Początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania w przypadku art. 515 ust. 3 Pzp jest dzień powzięcia przez wykonawcę wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania lub dzień, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Z mocy art. 509 ust. 1 Pzp do obliczania terminu wniesienia odwołania w tym przypadku zastosowanie będzie miał art. 111 Kc, z którego wynika, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia oraz że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Przy obliczaniu terminu wniesienia odwołania należy mieć na uwadze art. 509 ust. 2 Pzp, który stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Odwołujący dochował wymaganej ustawowo należytej staranności przy podejmowaniu działań, mających na celu powzięcie okoliczności stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Mianowicie, w dniu 02 sierpnia 2021 r., gdy podczas rozprawy w sprawie KIO 1951/21 Zamawiający podał zupełnie nowe okoliczności względem opublikowanych w SWZ, Odwołujący zaczął aktywnie weryfikować twierdzenia Zamawiającego. (...). Kolejno Odwołujący argumentował, że „ (...) w dniu 01 września 2021r., Odwołujący uzyskał NOWĄ informację, że w aktualnym brzmieniu opis przedmiotu zamówienia jest obarczony wadą, gdyż w SWZ w obecnym brzmieniu nie umożliwia Zamawiającemu osiągnięcie faktycznych, uzasadnionych potrzeb i celów (tj. nie potrzeb i celów wykreowanych przez Zamawiającego na potrzeby postępowania odwoławczego KIO 1951/21, nie popartych żadnymi dowodami, lecz faktycznych potrzeb i celów, potwierdzonych dowodem, tj. rzeczonym wnioskiem o dofinansowanie, zawierającym zatwierdzony przez PZLA projekt zamienny z marca 2018r., który to wniosek stał się podstawą przyznania przez Ministerstwo Sportu dofinansowania dla strategicznej krajowej infrastruktury sportowej), gdyż nie może być spełniony wymóg SWZ o uzyskaniu świadectwa PZLA dla stadionu w Cieszynie (.) Zaś w dniu 01 września 2021r., dochowując należytej staranności, Odwołujący powziął wiadomość o NOWYCH I NIEZWYKLE ISTOTNYCH okolicznościach stanowiących podstawę przedmiotowego zamówienia, tj. iż OPZ, w skład którego wchodzi nieuzgodniony z PZLA projekt zamienny z maja 2021r., nie umożliwia uzyskania świadectwa PZLA dla stadionu miejskiego w Cieszynie, a tym samym jeden z ważniejszych celów postępowania nie będzie spełniony. Zatem, w obecnym kształcie SWZ mamy do czynienia z wewnętrzną sprzecznością

specyfikacji, gdyż począwszy od dn. 01.09.2021 r. Odwołujący ma wiedzę, że Wykonawca, realizując świadczenie zgodnie z OPZ, nie będzie w stanie uzyskać wymaganego świadectwa PZLA. Dlatego, od dnia od dn. 01.09.2021 r. zaczął biec termin wskazany w art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp na zaskarżenie nielegalnego opisu przedmiotu zamówienia (który w obecnym kształcie wymusza zawarcie nieważnej umowy o świadczenie niemożliwe), w celu doprowadzenia Postępowania do zgodności z przepisami ustawy, lub ewentualnie na zaskarżenie zaniechania unieważnienia Postępowania obarczonego wadą".

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokół z rozprawy z dnia 25 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1951/21 oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępujących oraz złożone dowody, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 24 czerwca 2021 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o

zamówieniu oraz dokumenty zamówienia (w tym SWZ i projekt zamienny) na stronie

. Powyższe zostało również potwierdzone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 września 2021 r.

W pkt 3.2 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający sprecyzował: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 7 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia (część ogólna) oraz załącznik nr 7a do SWZ - dokumentacja projektowa na którą składają się:

1. Projekt budowlany:

a) Projekt zagospodarowania terenu (zamienny),

b) Projekt architektoniczno-budowlany (zamienny),

c) Projekt budowlany instalacje elektryczne (zamienny),

d) Projekt budowlany instalacje sanitarne wewnętrzne (zamienny),

e) Projekt budowlany instalacje sanitarne zewnętrzne (zamienny),

f) Projekt budowlany przebudowa kabla energetycznego,

g) Przebudowa sieci gazowej".

W informacji przesłanej do Izby przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 września 2021 r. podano m. in.: „Dokumenty, na które Odwołujący powołuje się w odwołaniu (projekt uzgodniony przez PZLA), nie zostały udostępnione przez Zamawiającego (Odwołujący wszedł w ich posiadanie w inny sposób) aczkolwiek należy stwierdzić, iż informacje stanowiące przedmiot odwołania znane były Odwołującemu już co najmniej w dniu 25.08.2021 r. (termin II rozprawy dotyczącej odwołania o sygnaturze KIO 1951/21) co znajduje potwierdzenie na str. 4 protokołu".

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego będącego postawą dokonanych ustaleń protokół z rozprawy w sprawie KIO 1951/21 z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy: BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe

GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp. Powołany przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 2 nowej ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Zaś przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 stanowi, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W ocenie Izby zarzuty odwołania sprowadzają się do kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia oraz okoliczności, które towarzyszyły sporządzeniu tego dokumentu, a które - zdaniem Odwołującego - uniemożliwiły mu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Świadczą o tym jednoznacznie wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wywodzi zarzuty, w tym również zarzut ewentualny dotyczący unieważnienia postępowania z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że termin na kwestionowanie postanowień OPZ rozpoczął swój bieg w dniu zamieszczenia dokumentów zamówienia (SWZ i dokumentacji projektowej) na stronie internetowej, co nastąpiło 24 czerwca 2021 r. Termin ten, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp, upłynął wraz z dniem 29 czerwca 2021 r. Zatem zarzuty odwołania oparte na twierdzeniach o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, są spóźnione. Już bowiem w dacie publikacji dokumentów zamówienia Odwołujący mógł powziąć wiedzę na temat wymagań Zamawiającego. Jeżeli w opinii Odwołującego wymagania te zostały określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności powinien on wnieść odwołanie w terminie 5 dni od publikacji tych dokumentów. Tym samym należy uznać odwołanie wykonawcy TAMEX, które wpłynęło do Izby w dniu 3 września 2021 r. za takie, które zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w treści odwołania w zakresie podstawy prawnej dotyczącej obliczenia terminu na wniesienie odwołania błędnie powołał się na przepis art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp, który rozpoznawanej sprawie nie może mieć zastosowania, ponieważ w tym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją, w której obliczanie terminu na wniesienie odwołania jest uzależnione od przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Wydaje się, że powyższy błąd dostrzegł również sam Odwołujący, ponieważ w piśmie z dnia 6 września 2021 r. powołał się w tym zakresie na inną podstawę prawną tj. na przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie powołany przepis nie może być zastosowany do obliczania terminu na wniesienie odwołania, którego zarzuty dotyczą treści OPZ. Dostrzec należy, że ustawodawca spośród przepisów odnoszących się do obliczania terminu na wniesienie odwołania wyraźnie wyodrębnił przepisy dotyczące zaskarżenia treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia (art. 515 ust. 2 Pzp). Oznacza to, że w sytuacji, gdy mamy do czynienia z sytuacją zaskarżenia przez wykonawcę postanowień ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia to do obliczenia terminu na wniesienie odwołania zastosowanie znajduje regulacja zawarta art. 515 ust. 2 Pzp, a nie ta, podana w art. 515 ust. 3 Pzp. Wobec tego w świetle art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp w takim przypadku w odniesieniu do zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne termin ten wynosi o 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Tymczasem powoływany przez Odwołującego przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp dotyczy innych, pozostałych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poniżej tzw. „progów unijnych" a zatem nie ma zastosowania w sprawach dotyczących zaskarżenia postanowień OPZ.

Niemniej jednak nawet gdyby chcieć się przychylić do stanowiska Odwołującego, iż w

rozpoznawanej sprawie uzasadnione jest do obliczenia terminu na wniesienie odwołania zastosowanie przepisu art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp, z czym Izba się nie zgadza, to nawet w takim przypadku należy stwierdzić, że 5-dniowy termin na wniesienie odwołania nie został

dochowany.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w treści odwołania uzasadniając zachowanie terminu na wniesienie odwołania wprost wskazał, że o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął wiadomość w dniu 24 sierpnia 2021 r., w którym zapoznał się z dokumentację zamienną do projektu budowlanego na wykonanie przedmiotu zamówienia, przekazaną w tym dniu przez Polski Związek Lekkiej Atletyki, oraz w dniu 26 sierpnia 2021 r., w którym wykonawca zapoznał się dokumentacją wniosku Zamawiającego do Ministerstwa Sportu o dofinansowanie stadionu miejskiego w Cieszynie, przekazaną w tym dniu przez Zamawiającego. Uwzględniając podane przez Odwołującego terminy, stwierdzić należy, że 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynął odpowiednio: w dniu 29 sierpnia 2021 r. oraz w dniu 31 sierpnia 2021 r. Tym samym odwołanie wniesione w dniu 3 września 2021 r. należy uznać za takie, które zostało wniesione z uchybienie ustawowego terminu na jego wniesienie.

Wydaje się, że sam Odwołujący dopatrzył się ww. uchybienia w zachowaniu terminu na wniesienie odwołania, ponieważ w dniu 6 września 2021 r. (a więc już po upływie 5-dniowego terminu na wniesienie odwołania) złożył pismo zatytułowane „KOREKTA OCZYWISTEJ OMYŁKI PISARSKIEJ", w treści którego nie tylko zmienił podstawę prawną związaną z obliczeniem terminu na wniesienie odwołania (z art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp na art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp) ale również dodał cały passus o tym, że w dniu 30 sierpnia 2021 r. zapoznał się z oświadczeniem wydanym przez Polski Związek Lekkiej Atletyki o braku możliwości wydania certyfikatu przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że powyższego nie można zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ podana w niej treść nie wskazuje na popełnienie tego rodzaju omyłki. Zgodnie z ustalona linią orzeczniczą Izby oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Natomiast w omawianym przypadku w ocenie Izby Odwołujący nie tylko popełnił tego rodzaju omyłki w treści odwołania, ale treścią pisma dodał informacje, wywierające istotny wpływ na obliczenie terminu na wniesienie odwołania.

Niemniej jednak Izba dokonała badania okoliczności wskazanej przez Odwołującego w piśmie z dnia 6 września 2021 r. dotyczącej braku możliwości wydania certyfikatu przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia i stwierdziła, że okoliczność ta była znana Odwołującemu znacznie wcześniej niż w dniu 30 sierpnia 2021 r. Wynika to wprost z protokołu rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1951/21 z dnia 25 sierpnia 2021 r. W toku rozprawy Odwołujący stwierdził jednoznacznie, że: „projekt załączony do dokumentacji postępowania nie był uzgodniony z PZLA. Uzgodniony był projekt z roku 2018, który z nieznanych przyczyn został zmieniony przez Pana I. . Zamawiający nie uzyska świadectwa PZLA, nie jest zatem możliwe spełnienie wymagań zapisanych w siwz". W związku z tym Izba stwierdziła, że Odwołujący już w dacie 25 sierpnia 2021 r. posiadał wiedzę o braku możliwości wydania certyfikatu przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, a nie jak twierdzi w treści pisma - w dniu 30 sierpnia dopiero dowiedział się o wystąpieniu ww. okoliczności. Wobec tego stwierdzić należy, że termin na wniesienie odwołania w omawianym zakresie rozpoczął bieg w dniu 25 sierpnia 2021 r. i upłynął wraz z dniem 30 sierpnia 2021 r. Powyższego zapatrywania Izby nie zmienia również argumentacja zawarta w kolejnym piśmie przesłanym przez Odwołującego (pismo z dnia 14 września 2021 r.), w którym Odwołujący przedstawia jeszcze inną datę, tj. 1 września 2021 r. jako istotną z punktu widzenia obliczania terminu na wniesienie odwołania.

Zwrócenia uwagi wymaga, że stanowisko Odwołującego dotyczącego pozyskanych kluczowych informacji z punktu widzenia dochowania terminu na wniesienie odwołania jest zmienne i ewaluuje, co odzwierciedlają kolejne pisma w postepowaniu odwoławczym, które zostały opisane wyżej. Wydaje się, że sam Odwołujący zdaje sobie sprawę z niedochowania terminu na wniesienie odwołania i próbuje występującą zwłokę w taki, a nie inny sposób usprawiedliwić, co w ocenie Izby nie może skutkować przywrócenia utraconego terminu na wniesienie odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 nowej ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1

2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 Pzp.

Przewodniczący: .....