

WYROK

z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę C. sp. z o.o., ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Babiak, Plac Wolności 5, 62-620 Babiak,

przy udziale wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o., ul. Wydmowa 10, 62-041 Puszczykowo, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. do zastąpienia podmiotu trzeciego G&SYN BOISKA J. G. innym podmiotem, który samodzielnie spełnia warunek zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia albo do wykazania, że wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. samodzielnie spełnia ww. warunek oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Gminę Babiak, Plac Wolności 5, 62-620 Babiak, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: C. sp. z o.o., ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Babiak, Plac Wolności 5, 62-620 Babiak, na rzecz odwołującego: C. sp. z o.o., ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław, kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Babiak, Plac Wolności 5, 62-620 Babiak, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa szkolnej infrastruktury sportowej w Brdowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30.11.2021 r., nr 2021/BZP 00292575/01.

Pismem z dnia 03.02.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o.

W dniu 07.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca C. sp. z o.o., ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław (dalej: „odwołujący”), zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 118 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, z której treści wprost wynikało, że nie doszło do spełnienia zasad skorzystania przez Mardo z zasobów podmiotu trzeciego w konsekwencji niespełnienia przez Mardo warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 122 w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z pkt 4 sekcji VIII swz poprzez zaniechanie wezwania Mardo do zastąpienia G&Syn podmiotem spełniającym wymogi w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określone w swz lub wykazanie przez Mardo samodzielnego spełnienia tych warunków,
- 3) art. 117 w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z pkt 3 sekcji V swz poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp oraz swz czynności polegającej na dopuszczeniu spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej łącznie przez Mardo i G&Syn pomimo, że podmioty te nie ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia,
- 4) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 w zw. z art. 275 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z pkt 6 sekcji XVI swz, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów Pzp i swz, tj. oferty podlegającej odrzuceniu, zamiast oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Z załączonych do niniejszego odwołania dokumentów wynika, że: (i) Mardo w swojej ofercie wskazał, że zrealizuje zamówienie samodzielnie, tj. nie będzie korzystał z podwykonawców oraz (ii) załączył oświadczenie podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do udostępnienia Mardo swoich referencji na potrzeby zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Jednocześnie podmiot ten wyraźnie wskazał, że nie będzie realizował robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, a jedynie będzie pełnił funkcje konsultacyjne / doradcze. Z dokumentów przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego wynika, że Mardo nie posiada własnych referencji potwierdzających wykonanie prac, które SWZ przewiduje dla spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej (tj. wykonania w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat określonych w SWZ robót). Warunku zdolności technicznej lub zawodowej nie spełnia także samodzielnie G&Syn. (...)

Korzystanie przez Mardo jedynie z konsultacji podmiotu trzeciego nie spełnia tego warunku. Należy bowiem podkreślić, że podmiot otrzymujący porady niekoniecznie musi się do nich ostatecznie zastosować, w tym nie tylko wskutek podjęcia decyzji o nieprzyjęciu porady lecz także np. wskutek niewłaściwego zrozumienia / wdrożenia porady z uwagi na brak wymaganej wiedzy i doświadczenia w realizacji robót.

Mając na uwadze fakt, że:

- z załączonej oferty oraz dokumentów nie wynika, by Mardo samodzielnie spełniał warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wskazanym w SWZ (przekazane Zamawiającemu referencje Mardo nie potwierdzają wykonania wszystkich rodzajów robót wskazanych przez Zamawiającego w SWZ),
- z załączonej oferty Mardo wynika jednoznacznie, że Mardo nie będzie zatrudniało podwykonawców co sprawia, że Mardo nie może powoływać się na zasoby i referencje

żadnego podmiotu trzeciego (nie tylko G&Syn),

- z oświadczenia G&Syn wynika w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że podmiot ten nie będzie faktycznie realizował prac budowlanych, a jedynie świadczył usługi doradcze na rzecz Mardo, co oznacza, że nie zostaną spełnione przesłanki skorzystania przez Mardo z zasobów podmiotu trzeciego, wymagane przez art. 118 ust. 2 PZP,
- a ponadto, także G&Syn nie przedstawił referencji, z których wynikałoby samodzielne spełnienie przez ten podmiot wymogu zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w SWZ (z załączonych dokumentów nie wynika, by zrealizował boisko trawiaste) tym samym warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej (tj. zrealizowania w przeszłości robót określonych przez Zamawiającego na s. 5 SWZ w sekcji V pkt 2 podpkt 4) nie został przez Mardo spełniony.

(...) Tym samym, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Mardo, z uwagi na niespełnienie przez ten podmiot warunków do udziału w postępowaniu.

Odwołujący pragnie także wskazać, że w toku procesu oceny ofert brak było możliwości zmiany oferty przez Mardo. Zgodnie z zapisami SWZ tj.:

- sekcji IV pkt 3 (s. 5 SWZ) Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców,
- sekcji X pkt 2 podpunkt 5 (s. 11 SWZ) wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać oferty.

(...) Tym samym, mając na uwadze, że Mardo w ofercie wskazał, że nie będzie korzystać z podwykonawców w toku realizacji zamówienia, to na etapie oceny ofert przez Zamawiającego oferta nie mogła zostać uzupełniona o tę okoliczność (korzystanie z podwykonawcy). W rezultacie po złożeniu oferty brak było możliwości wykazania przez Mardo zgodnego z prawem korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Dodatkowo, mając na uwadze, że Mardo nie posiada własnych referencji / doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Mardo. (...)

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego uzasadniony jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Mardo z uwagi na niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu (samodzielnie ani warunków skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego). (...)

Odwołujący pragnie także wskazać, że zgodnie z treścią SWZ (punkt 2 podpunkt 4 sekcji V SWZ - s. 5 SWZ) w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał od uczestników postępowania wykonania boiska o nawierzchni trawiastej oraz boiska o nawierzchni poliuretanowej o wartości wskazanej w SWZ w jednym zadaniu a Mardo nie spełnia tego wymogu nawet w rozbiu na dwa zadania.

Z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, które Odwołujący otrzymał w ramach dostępu do informacji publicznej wynika, że ani Mardo ani G&Syn samodzielnie nie spełniają tego warunku (jeden z tych podmiotów zrealizował boisko trawiaste a drugi boisko poliuretanowe). (...)

Tym samym, Zamawiający powinien był przed rozstrzygnięciem postępowania wezwać Mardo do przedstawienia referencji potwierdzających samodzielne spełnienie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu lub wezwać do zastąpienia G&Syn innym podmiotem. Zdaniem Odwołującego, alternatywnym rozwiązaniem byłoby odrzucenie oferty Mardo - można bowiem przyjąć, że gdyby Mardo posiadało własne referencje nie korzystałoby z referencji G&Syn. Zamiana G&Syn na inny podmiot nie mogła zostać skutecznie dokonana bowiem Mardo zaznaczyło w ofercie, że nie będzie korzystać z podwykonawców (samodzielnie zrealizuje zadania). Z uwagi na brak możliwości zmiany oferty Mardo nie mógł skutecznie powołać się na zasoby innego podmiotu (nie mógł naprawić błędu naruszenia zasad art. 118 ust. 2 PZP).

Mając na uwadze powyższe, uzasadniony jest zarzut zaniechania wezwania Mardo do wykazania przez Mardo samodzielnego spełnienia tych warunków (alternatywnie zmiany

G&Syn na inny podmiot). Z uwagi na błędy w ofercie, powyższe, uzasadnia także dodatkowo zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mardo lub wezwania Mardo jedynie do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie. (...)

Zgodnie z art. 117 PZP Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

W świetle pkt 3 sekcji V SWZ (s. 6 SWZ) Zamawiający, w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców.

Brak jest możliwości stosowania powyższych zasad w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego (co wynika z literalnej wykładni art. 122 PZP oraz pkt 4 sekcji VIII SWZ) - zdolności podmiotu trzeciego i wykonawcy ocenia się odrębnie.

Z oferty Mardo wynika, że podmiot ten samodzielnie ubiegał się o udzielenie zamówienia. Ponadto, z przekazanych Zamawiającemu referencji wynika, że samodzielnie ani Mardo ani G&Syn nie spełniają warunku zdolności technicznej i zawodowej z SWZ. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w sposób nieuzasadniony dopuścił łączne spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej przez Mardo i G&Syn.

W konsekwencji, za uzasadniony należy również uznać zarzut niezgodnej z przepisami PZP oraz SWZ czynności Zamawiającego polegającej na dopuszczeniu spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej łącznie przez Mardo i G&Syn pomimo, że podmioty te nie ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Mardo,
- 2) powtórzenia czynności:
 - badania i oceny ofert,
 - wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert spełniających wymogi swz tj. wyboru oferty odwołującego,
 - wezwania Mardo do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej,
- 3) odrzucenia oferty Mardo.

Pismem z dnia 10.02.2022 r. wykonawca Mardo Sport sp. z o.o., ul. Wydmowa 10, 62-041 Puszczykowo (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 18.02.2022 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie. Pismem z dnia 21.02.2022 r. odwołujący odniósł się do argumentacji przystępującego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa wielofunkcyjnego boiska sportowego tj. boiska do piłki nożnej, koszykówki, siatkówki, kortu tenisowego, bieżni lekkoatletycznej, pchnięcia kulą, skoku wzwyż, skoku w dal.

W rozdziale IV swz zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).
2. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.

W pkt 4 rozdziału V swz, zamawiający przewidział warunek zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie obejmujące:

a) budowę boiska sportowego o nawierzchni trawiastej do piłki nożnej,

b) budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej,

na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każde. Wykaz należy sporządzić zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SWZ.

3. Zamawiający, w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - dopuszcza łączne spełnianie warunku przez wykonawców.

Załącznikiem nr 5 do swz był wzór wykazu robót.

Przystępujący złożył ofertę, w której wskazał, że nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, a także dołączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. G&SYN BOISKA J. G., w którym wskazano, że:

- udostępnione zasoby to referencja na budowę boiska sportowego o nawierzchni trawiastej do piłki nożnej,
- sposób wykorzystania zasobów to doradztwo merytoryczne w zakresie budowy boiska z trawy naturalnej,
- zakres udziału podmiotu przy realizacji zamówienia to konsultacje techniczne.

Pismem z dnia 02.02.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. wykazu robót wraz z dowodami określającymi, czy roboty zostały wykonane należyście.

Przystępujący złożył wykaz robót, w którym wskazał dwie odrębne roboty realizowane na rzecz dwóch różnych inwestorów, tj. jedną robotę dotyczącą budowy boiska trawiastego oraz jedną robotę dotyczącą budowy boiska wielofunkcyjnego poliuretanowego. Z dołączonych referencji wynika, że pierwsza z robót była wykonywana przez ww. podmiot udostępniający zasoby, a druga - przez przystępującego.

Pismem z dnia 03.02.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

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

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

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

Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp:

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

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy ustalić, jakie doświadczenie musieli wykazać wykonawcy w świetle warunku zdolności technicznej lub zawodowej opisanego przez zamawiającego w pkt 4 rozdziału V specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”).

Przede wszystkim nie można zgodzić się z przystępującym, że zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w wykonaniu tylko jednego boiska. Treść warunku jest jednoznaczna: „wykonał w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie obejmujące:

- a) budowę boiska sportowego o nawierzchni trawiastej do piłki nożnej,
- b) budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej,

na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każde”.

Skoro po dwukropku wymienione są w punktach a) i b) oba boiska, bez użycia słowa „albo”, to nie ma żadnych podstaw, by twierdzić, że dla wykazania spełnienia ww. warunku wystarczające było wykazanie się doświadczeniem w budowie tylko jednego z ww. boisk. Z opisu warunku jasno wynika, że konieczne było wykazanie doświadczenia w zakresie budowy obu boisk i kwestia ta, zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości.

Nie można także podzielić argumentacji zamawiającego, że z uwagi na niewielką wartość szacunkową boiska trawiastego, wystarczające było wykazanie doświadczenia w budowie boiska poliuretanowego, co przesądziło o uznaniu przez zamawiającego, że przystępujący wykazując własne doświadczenie w zakresie boiska poliuretanowego, spełnia ww. warunek i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Należy podkreślić, że treść swz po upływie terminu składania ofert jest wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego, co oznacza, że nie może on po upływie tego terminu dokonywać oceny składanych przez wykonawców dokumentów w sposób inny niż wskazany w swz. Stanowiłoby to bowiem naruszenie nie tylko postanowień swz, ale także podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Skoro zatem w opisie ww. warunku zamawiający wyraźnie wymagał wykazania doświadczenia w zakresie budowy obu rodzajów boisk, to dokonując oceny spełniania warunku obowiązkiem zamawiającego było zbadać doświadczenie wykonawcy z zakresu obu rodzajów boisk, tak jak było to wskazane w swz. Tym samym nie ma żadnych podstaw do uznania, że wystarczające było w niniejszym postępowaniu wykazanie doświadczenia w zakresie budowy tylko boiska poliuretanowego, jako mającego większe znaczenie i większą wartość szacunkową w całym zamówieniu.

Niezależnie od powyższego należy rozstrzygnąć, czy w świetle opisu ww. warunku wykonawcy musieli wykazać doświadczenie w zakresie obu boisk w ramach jednego zamówienia, czy mogli je wykazać w ramach dwóch odrębnych zamówień. Izba stwierdziła, że zawarte w ww. warunku sformułowanie: „co najmniej jedno zamówienie obejmujące:”, po którym wymienione zostają oba boiska, oznacza, że budowa obu tych boisk musiała zostać wykazana w ramach jednego zamówienia. Słowo „obejmować” wskazuje bowiem, że coś ma być w czymś zawarte, coś ma wchodzić w skład czegoś. W tym wypadku: jedno zamówienie ma obejmować (zawierać) dwa wymienione po dwukropku boiska, czyli oba te boiska muszą wchodzić w skład jednego zamówienia. Ww. sformułowanie oznacza zatem, że wykonawcy muszą wykazać doświadczenie w zakresie budowy obu boisk w ramach jednego zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie, na co słusznie zwrócił uwagę odwołujący, w treści załącznika nr 5 do swz, stanowiącego wzór wykazu robót. Pod tabelą znajdującą się w ww. wzorze zamawiający napisał, że: „Przez jedno zadanie rozumie się dostawę i montaż na podstawie jednej umowy” (z dopisanym zastrzeżeniem, że boiska mogą być też wykazane w ramach robót budowlanych, a nie tylko dostawy z montażem). Tym samym sam zamawiający zdefiniował jedno zadanie / jedno zamówienie jako jedną umowę, co tym bardziej potwierdza, że oba boiska musiały być wykazane łącznie jako doświadczenie wynikające z jednej umowy.

Należy także dodać, że słowo „każde” użyte przez zamawiającego na końcu opisu ww. warunku („na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto (...) każde”) oznacza, że każde z dwóch boisk wykonanych w ramach jednego zamówienia miało mieć wartość co najmniej 100.000,00 zł, nie oznacza natomiast, że można było wykazać doświadczenie z zakresu budowy każdego boiska w ramach dwóch odrębnych zamówień. Słowo „każde” odnosi się bowiem wyłącznie do kwestii wartości boisk, nie zaś do kwestii tego, czy mają one być wykazane w ramach jednego, czy dwóch zamówień.

Wszystkie powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli do wykazania doświadczenia w zakresie budowy dwóch ww. boisk w ramach jednego zamówienia / jednej umowy. Oznacza to jednocześnie, że niemożliwe było wykazanie spełnienia ww. warunku łącznie przez wykonawcę i podmiot użytkujący zasobów, gdyż wymagałoby to wykazania budowy obu boisk w ramach dwóch odrębnych zamówień (z wyjątkiem sytuacji, gdy wykonawca i ten podmiot realizowałyby jedną umowę jako konsorcjanci). Tymczasem, jak stwierdzono już wyżej, wykazanie budowy obu boisk w ramach dwóch odrębnych zamówień było, w świetle opisu ww. warunku, niedopuszczalne, co powoduje, że również łączne wykazanie ww. warunku przez wykonawcę i podmiot użytkujący zasobów było niedopuszczalne.

W tym miejscu należy wskazać, że Izba nie podziela argumentacji odwołującego, jakoby generalnie warunki udziału w postępowaniu mogli spełniać łącznie jedynie członkowie konsorcjum, a nie wykonawca i podmiot użytkujący zasobów. Fakt, że regulacja w tym zakresie została wprost przewidziana przez ustawodawcę tylko w stosunku do konsorcjum (art. 117 ustawy Pzp), nie wyłącza potencjalnej możliwości łącznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę wraz z podmiotem użytkującym mu zasoby. Możliwość taka zależy jednak od sposobu sformułowania konkretnego warunku udziału w postępowaniu, co każdorazowo wymaga dokonania oceny tego warunku w danym stanie faktycznym. Jak wskazano już wyżej, w niniejszym postępowaniu sposób sformułowania warunku doświadczenia przesądzał o tym, że budowa obu boisk musiała być wykazana w ramach jednego zamówienia, dlatego też w tym konkretnym postępowaniu rzeczywiście warunek musiał być spełniony albo samodzielnie przez wykonawcę albo samodzielnie przez podmiot użytkujący zasobów na rzecz tego wykonawcy, gdyż nie da się wykazać spełnienia tego warunku przez wykazanie dwóch boisk odrębnie jako budowanych

w ramach dwóch odrębnych zamówień (umów). Niemniej jednak jest to sytuacja zaistniała konkretnie w niniejszym postępowaniu i wynikająca z wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu. Natomiast nie można z przepisów ustawy Pzp wywodzić generalnego zakazu łącznego spełniania warunku przez wykonawcę i podmiot używający zasobów. Dopuszczalność lub brak dopuszczalności takiego łącznego spełnienia warunku zależy każdorazowo od sposobu opisu warunku udziału w postępowaniu i musi być oceniana w każdym przypadku indywidualnie.

Reasumując, z opisanego w niniejszym postępowaniu warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wynika, że wykonawcy zobowiązani byli do wykazania doświadczenia w zakresie dwóch boisk wykonanych w ramach jednego zamówienia, co skutkuje tym, że doświadczenie to musiał samodzielnie wykazać jeden podmiot (w przypadku przystępującego: albo on sam albo podmiot używający mu zasobów).

Przechodząc zatem do oceny sposobu spełnienia ww. warunku przez przystępującego, należy stwierdzić, że nie wykazał on jego spełnienia. Po pierwsze, przystępujący złożył dokumenty, z których wynika, że on sam wykonał boisko z nawierzchnią poliuretanową dla jednego inwestora, natomiast podmiot używający mu zasobów - boisko z nawierzchnią trawiastą dla innego inwestora. Tym samym ani przystępujący, ani ww. podmiot nie wykonał obu boisk w ramach jednego zamówienia, co jak już wyżej wskazano, było wymagane w opisie warunku. Już tylko ten fakt sprawia, że przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku doświadczenia.

Po drugie, podmiot używający zasobów oświadczył w zobowiązaniu, że przystępujący będzie mógł korzystać z tychże zasobów w postaci „doradztwa merytorycznego” i w zakresie określonym jako „konsultacje techniczne”. Taka treść zobowiązania stoi wprost w sprzeczności z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi doświadczenie wykonawcy może być wykazane poprzez powołanie się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby pod warunkiem, że podmiot ten wykona te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podmiot używający zasobów musi zatem zobowiązać się do wykonania, czyli zrealizowania robót lub usług w takim zakresie, w jakim wykonawca wykazuje spełnienie warunku doświadczenia za pomocą zdolności tego podmiotu.

W niniejszym postępowaniu oznaczałoby to, że podmiot używający przystępującemu zasobów musiałby zobowiązać się do zrealizowania boiska trawiastego, bowiem w takim zakresie przystępujący powoływał się na zasoby tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia (abstrahując w tym miejscu od stwierdzonego powyżej faktu, że doświadczenie to nie mogło być wykazane przez wskazanie dwóch boisk w ramach dwóch odrębnych zamówień). Zatem zobowiązanie się podmiotu używającego zasoby jedynie do udzielania doradztwa i konsultacji nie jest wystarczające do tego, by wykazać, że przystępujący ma realny dostęp do zasobów ww. podmiotu i że w efekcie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu, niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych robót lub usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. Skoro podmiot używający przystępującemu zasobów zobowiązał się jedynie do doradztwa i konsultacji, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że zamawiający niezasadnie przyjął, że przystępujący spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.

W wyżej opisanych okolicznościach zamawiający nie może jednak od razu odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Zastosowanie znajduje bowiem art. 122 ustawy Pzp, z którego wynika, że jeśli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do zastąpienia podmiotu trzeciego G&SYN BOISKA Jerzy Gawlik innym podmiotem, który samodzielnie spełnia warunek zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia albo do wykazania, że przystępujący samodzielnie spełnia ww. warunek. W wezwaniu, zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, zamawiający powinien wyznaczyć przystępującemu odpowiedni termin na wykonanie ww. czynności. Następnie zamawiający powinien ocenić złożone przez przystępującego

dokumenty i w zależności od wyniku tej oceny, odrzucić bądź nie odrzucić jego oferty.

Na koniec należy odnieść się też do argumentacji odwołującego, zgodnie z którą przystępujący, który nie zadeklarował w ofercie korzystania z podwykonawcy, nie może obecnie wskazać innego podmiotu udostępniającego zasoby w postaci podwykonawstwa, ponieważ stanowiłoby to zmianę jego oferty. Odwołujący wykazuje w tym zakresie pewną niekonsekwencję, ponieważ sam wskazał w odwołaniu jako jeden z zarzutów - naruszenie „art. 122 w zw. 266 Pzp w zw. z pkt 4 sekcji VIII SWZ poprzez zaniechanie wezwania Mardo do zastąpienia G&Syn podmiotem spełniającym wymogi w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określone w SWZ lub wykazanie przez Mardo samodzielnego spełnienia tych warunków”. Niezależnie od powyższego należy jednak zauważyć, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnych kluczowych zadań wchodzących w zakres zamówienia, czyli nie ograniczył możliwości korzystania z podwykonawstwa. Wobec powyższego wskazanie bądź brak wskazania przez wykonawcę w ofercie zakresu zadań przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę ma charakter jedynie informacyjny, gdyż żadna deklaracja wykonawcy w tym zakresie nie wpływa na prawidłowość sporządzenia oferty. Przepisy ustawy Pzp nie wyłączają także możliwości powierzenia podwykonawcy zadań niezastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, nawet jeśli korzystanie z podwykonawcy nie zostało zadeklarowane w ofercie. Tym samym, wobec braku ograniczenia podwykonawstwa przez zamawiającego w swz, deklaracja wykonawcy w tym zakresie zawarta w ofercie (w tym deklaracja o braku korzystania z podwykonawcy) nie pozbawia wykonawcy możliwości następczego wskazania podwykonawcy lub zadań powierzonych mu do wykonania.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Izby z dnia 16.09.2019 r. o sygn. akt KIO 1682/19, wydany w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące do 31.12.2020 r., ale zachowujący aktualność również na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w którym stwierdzono: „Fakt, że Most Sp. z o.o. nie został wskazany w ofercie konsorcjum jako podwykonawca, pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż obowiązek wskazania podwykonawców oraz powierzonego im zakresu robót ma wyłącznie charakter informacyjny. Z przepisów ustawy wynika bowiem, że jeśli zamawiający nie zastrzeże części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, to obowiązkiem wykonawcy jest jedynie poinformowanie zamawiającego o zakresie zamówienia, który powierzy podwykonawcom i podania nazw podwykonawców, o ile są mu znane, przed przystąpieniem do wykonywania umowy. Informacje te nie muszą zostać przekazane zamawiającemu już na etapie składania oferty. Ponadto, skoro ustawa dopuszcza w art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp zmianę podwykonawcy, w tym zmianę w czasie wykonywania umowy, to tym bardziej wskazanie nowego podwykonawcy, może nastąpić jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (arg. a maiori ad minus z art. 36b

ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp).”

W związku z powyższym, w ocenie Izby, dopuszczalne jest, aby zgodnie z art. 122 ustawy Pzp przystępujący wykazał spełnienie warunku powołując się na zasoby innego podmiotu niż wskazany wraz ze złożeniem oferty, mimo braku zadeklarowania w ofercie zamiaru powierzenia zadań podwykonawcy.

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

Izba uznała argumentację przystępującego zawartą w piśmie z dnia 18.02.2022 r. i dotyczącą realizacji przez niego inwestycji w gminie Nekla, jak też dowód złożony w tym zakresie przez odwołującego, za nie mające znaczenia dla przedmiotowej sprawy. W toku postępowania odwoławczego Izba ocenia bowiem czynności zamawiającego zaskarżone w odwołaniu, tymczasem czynności te nie mogły dotyczyć ww. inwestycji, gdyż przystępujący w trakcie postępowania nie wykazywał swojego doświadczenia z powołaniem się na tę inwestycję.

Ponadto zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym Izba nie rozpoznała dodatkowych zarzutów zawartych przez odwołującego w piśmie z dnia 21.02.2022 r., które nie były zawarte w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego zwrotu kosztów poniesionych w związku z:

- analizą zasadności wniesienia odwołania (faktura wystawiona przez Kancelarię doradztwa prawnego),
- przygotowaniem odwołania i zastępstwem w postępowaniu (faktura wystawiona przez pana B. Ch.).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się:

- 1) wpis, obejmujący: (...)
- 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3

lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowej sprawie odwołanie zostało podpisane wyłącznie przez Prezesa Zarządu spółki odwołującej i wyłącznie tenże Prezes Zarządu stawiał się na posiedzeniu i rozprawie w Izbie.

Po pierwsze zatem, nie można przyjąć, że pan B. Ch. zastępował odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Po drugie, nawet jeśli pan B. Ch. przygotował odwołanie, to nie wiadomo, w jakim stopniu jedna kwota widoczna na wystawionej przez niego fakturze odpowiada jego wynagrodzeniu za przygotowanie odwołania, a w jakim stopniu - za zastępstwo, którego w postępowaniu odwoławczym nie wykonywał.

Po trzecie, czynności wskazane w obu fakturach, czyli analiza zasadności wniesienia odwołania i przygotowanie odwołania, wchodzi w ocenę Izby, w zakres zadań pełnomocnika strony lub uczestnika postępowania odwoławczego (o ile korzystają oni z pełnomocnika). Tym samym z tytułu tych czynności ponoszone są koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia. Nie ma natomiast podstaw, by koszty wynikające z analizy zasadności wniesienia odwołania i przygotowania odwołania uznawać za „inne uzasadnione wydatki”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. d) ww. rozporządzenia. Uznanie, że koszty poniesione z tytułu wykonania takich czynności, stanowią inne, odrębne koszty od kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, mogłoby prowadzić do sytuacji, w których pełnomocnicy stron i uczestników, oprócz zwrotu kosztów za zastępstwo procesowe w wysokości 3600 zł wynikających z § 5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, domagaliby się dodatkowo zwrotu kosztów za analizę zasadności wniesienia odwołania i jego przygotowanie lub innych podobnych czynności w oparciu o § 5 pkt 2 lit. d) ww. rozporządzenia, w dodatku w nieograniczonej wysokości. Dlatego też wykonanie takich czynności jak analiza zasadności wniesienia odwołania i jego przygotowanie, powinno skutkować zwrotem poniesionych z ich tytułu kosztów tylko wtedy, gdy czynności te są wykonywane przez pełnomocnika strony lub uczestnika, czyli na podstawie § 5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia. Nie jest natomiast zasadny zwrot kosztów za wykonanie takich czynności w oparciu o § 5 pkt 2 lit. d) ww. rozporządzenia, czyli jako zwrot „innych uzasadnionych wydatków”.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie był zastępowany przez pełnomocnika, gdyż

Prezes Zarządu odwołującego samodzielnie przedstawiał swoje stanowisko na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą, w szczególności żadnych czynności w zakresie zastępstwa procesowego nie wykonywał pan B. Ch. Również czynności z zakresu analizy zasadności wniesienia odwołania i przygotowania odwołania nie wykonał żaden podmiot będący pełnomocnikiem odwołującego. W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do zwrotu odwołującemu kosztów wskazanych w obu ww. fakturach.

Izba zasądziła natomiast od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu od odwołania, zgodnie z § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Izba nie zasądziła także zwrotu kosztów na rzecz przystępującego, gdyż niezależnie od wyniku niniejszego postępowania odwoławczego, zgodnie z przytoczonym wyżej § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, koszty uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego) zalicza się do kosztów postępowania odwoławczego jedynie w przypadkach wprost wymienionych w ww. rozporządzeniu, gdy uczestnik przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez niego odwołania. W niniejszym postępowaniu odwoławczym zamawiający nie uwzględnił odwołania, a co za tym idzie - przystępujący nie miał wobec czego wnieść ewentualnego sprzeciwu, zatem w efekcie nie zaistniała sytuacja, w której koszty poniesione przez przystępującego byłyby zaliczone do kosztów postępowania odwoławczego i w zależności od jego wyniku - mogłyby podlegać zwrotowi.

Przewodniczący

KIO 334/22