

Sygn. akt: KIO 447/22
KIO 458/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 lutego 2022 r. przez wykonawcę I. S. (sygn. akt: KIO 447/22),

B. w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie (sygn. akt: KIO 458/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Cieszyn w Cieszynie

przy udziale:

A. wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Piasecznie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 447/22 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy I. S., zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 458/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala obydwa odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: I. S. oraz Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę I. S. (10 000 zł 00 gr) i wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie (10 000 zł 00 gr),

2.2. zasądza od wykonawcy I. S. na rzecz wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Piasecznie na rzecz zamawiającego - Gminy Cieszyn w Cieszynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14

dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 447/22
KIO 458/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Cieszyń w Cieszynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie modernizacji stadionu miejskiego przy al. J. Łyska w Cieszynie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Sygn. akt: KIO 447/22

W dniu 18 lutego 2022 roku wykonawca I. S., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. w Dąbrowie Górniczej (dalej: odwołujący GRETASPORT) wniósł odwołanie w zakresie zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o. o. w Piasecznie (dalej: przystępujący Panorama) również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p. z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.4.3 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), tj. warunku zdolności finansowej.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Panorama również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p. uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.4.3 lit. a s.w.z., mimo iż wykonawca ten bez wątpienia nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności finansowej w wysokości minimum 6 000 000,00 zł (sześć milionów złotych).

W związku z powyższym odwołujący GRETASPORT wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. odrzucenie oferty przystępującego Panorama również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p. uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1.4.3 lit. a s.w.z.,

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego GRETASPORT.

Odwołujący GRETASPORT podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania,

bowiem oferta odwołującego GRETASPORT została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu z uwagi na odrzucenie oferty przystępującego Panorama. Jednakże zdaniem odwołującego GRETASPORT zamawiający odrzucił ofertę przystępującego Panorama wyłącznie z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia także warunku w zakresie zdolności finansowej. Biorąc pod uwagę, iż przystępujący Panorama ma prawo do odwołania się od decyzji o odrzuceniu jego oferty i decyzja ta zawsze może być zmieniona przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołujący GRETASPORT ma interes w żądaniu odrzucenia oferty również na innej podstawie niż wskazał to zamawiający w celu wskazania wszelkich błędów znajdujących się w ofercie odrzuconego wykonawcy. Tym samym odwołujący GRETASPORT może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w konsekwencji czego bez wątpienia posiada interes we wniesieniu odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 marca 2022 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. w Piasecznie w dniu 6 marca 2022 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 3 grudnia 2021 roku. Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący GRETASPORT oraz przystępujący Panorama.

W dniu 16 lutego 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty odwołującego GRETASPORT z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (pkt 5.1.4.4. lit. a s.w.z.), t.j.

„Warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z art. 116 ustawy Pzp) - Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał i prawidłowo ukończył co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego o obwodzie bieżni min. 400 metrów w technologii pełnego poliuretanu wraz z budową lub przebudową boiska piłkarskiego w wewnętrznej części bieżni z trawy naturalnej z warstwą wegetacyjną i warstwą odsączającą, systemem nawadniania i drenażu, wraz z robotami towarzyszącymi, dla których Wykonawca uzyskał certyfikat PZLA lub certyfikat IAAF dla obiektu. Wartość każdej z robót min. 8.000.000,00 zł brutto (osiem milionów złotych).”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, ponieważ odwołujący GRETASPORT nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołujący GRETASPORT, uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania, stwierdził, że zamawiający odrzucił ofertę przystępującego Panorama wyłącznie z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia także warunku w zakresie zdolności finansowej. Biorąc pod uwagę, iż przystępujący Panorama ma prawo do odwołania się od decyzji o odrzuceniu jego oferty i decyzja ta zawsze może być zmieniona przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołujący GRETASPORT ma interes w żądaniu odrzucenia oferty również na innej podstawie niż wskazał to zamawiający w celu wskazania wszelkich błędów znajdujących się w ofercie odrzuconego wykonawcy.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2021 roku w sprawie sygn. akt: KIO 498/21, który to pogląd skład orzekający podziela i przyjmuje za swój: Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12,

KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyrok KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o podstawie wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".

Stwierdzenie, że odwołujący GRETASPORT nie posiada legitymacji do podnoszenia zarzutów wobec oferty przystępującego Panorama prowadzi do ich oddalenia bez merytorycznego rozpatrzenia. Ich rozpoznanie staje się bowiem zbędne w sytuacji, gdy nawet pozytywna ocena zasadności odwołania nie zmieni sytuacji odwołującego.

Wskazując na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Sygn. akt: KIO 458/22

W dniu 21 lutego 2022 roku wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. w Piasecznie (dalej: odwołujący Panorama) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 1, 2, 3 i 4 w zw. z art. pkt 1 - 3 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego Panorama, mimo iż ten prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, w szczególności zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego Tamex Obiekty Sportowe S.A. ma charakter realny oraz prawidłowy zakres, gdyż podmiot trzeci weźmie udział w wykonaniu zamówienia w zakresie robót, które podlegały udostępnieniu, co z kolei gwarantuje odwołującemu Panorama rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów, jak również poprzez naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania, a w następstwie wykluczenie odwołującego Panorama i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący Panorama wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: przystępujący GRETASPORT) jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Panorama;
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert;
- 4) ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Panorama podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Zgodnie z informacjami zawartymi w Informacji z otwarcia ofert, złożona przez niego oferta uplasowała się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego Panorama w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta złożona przez odwołującego Panorama nie zostałaby odrzucona, a w konsekwencji zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego Panorama polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu Panorama uzyskania zamówienia.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca I. S. (dalej: odwołujący Gresetport) poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu modernizacji stadionu miejskiego. Zamawiający w pkt 5.1.4.4 lit. a s.w.z. wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien spełniać następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z art. 116 ustawy Pzp) - Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał i prawidłowo ukończył co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego o obwodzie bieżni min. 400 metrów w technologii pełnego poliuretanu wraz z budową lub przebudową boiska piłkarskiego w wewnętrznej części bieżni z trawy naturalnej z warstwą wegetacyjną i warstwą odsączającą, systemem nawadniania i drenażu, wraz z robotami towarzyszącymi, dla których Wykonawca uzyskał certyfikat PZLA lub certyfikat IAAF dla obiektu. Wartość każdej z robót min. 8.000.000,00 zł brutto (osiem milionów złotych).”

Odwołujący Panorama złożył ofertę na Formularzu ofertowym, gdzie na str. 3 i 4 oświadczył, że zamierza wykonać zamówienie przy pomocy podwykonawców, w tym podmiotu Tamex Obiekty Sportowe S.A. (dalej: „Tamex”) i zamierza mu powierzyć część zamówienia: „Nawierzchnia PU - montaż z materiału powierzonego oraz doradztwo i nadzór nad procesem inwestycyjnym ze szczególnym uwzględnieniem procesu certyfikacji”. Wartość procentowa części zamówienia, która zostanie powierzona - 2%.

Do oferty odwołującego Panorama zostało dołączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego „Tamex”, z którego wynikało, że „Tamex” udostępni następujące zasoby:

- wiedza i doświadczenie

na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę następujących warunków udziału w postępowaniu:

- warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego o obwodzie bieżni min. 400 metrów w technologii pełnego poliuretanu wraz z budową lub przebudową boiska piłkarskiego w wewnętrznej części bieżni z trawy naturalnej z warstwą wegetacyjną i warstwą odsączającą, systemem nawadniania i drenażu, wraz z robotami towarzyszącymi, dla których Wykonawca uzyskał certyfikat PZLA lub certyfikat IAAF dla obiektu. Wartość każdej z robót min. 8.000.000,00 zł brutto (osiem milionów złotych)

Wykonawca będzie mógł wykorzystywać w/w zasoby przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób:

- doradztwo budowlane i podwykonawstwo w zakresie układania nawierzchni poliuretanowej w technologii pełnego poliuretanu.

W wykonywaniu zamówienia będziemy uczestniczyć w następującym czasie i zakresie:

- doradztwo i podwykonawstwo w czasie i zakresie zgodnym z harmonogramem prac.

Z Wykonawcą łączyć nas będzie:

- umowa o podwykonawstwo.

Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zdolności w postaci kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będzie realizował roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą

- doradztwo budowlane i podwykonawstwo w zakresie układania nawierzchni poliuretanowej w technologii pełnego poliuretanu.

W dniu 24 stycznia 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego Panorama do udzielenia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. wyjaśnień w zakresie udostępnionych zasobów. W wezwaniu wskazano:

(...) biorąc pod uwagę, iż celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniej wiedzy i doświadczenia polegacie państwo w całości na potencjale udostępnionym przez Tamex S.A. z Warszawy oraz w związku ze złożonym oświadczeniem, że podmiot udostępniający realizować będzie w zasadzie wyłącznie ok. 2% zamówienia (Nawierzchnia PU montaż z materiału powierzonego oraz doradztwo i nadzór nad procesem inwestycyjnym ze szczególnym uwzględnieniem procesu certyfikacji) proszę o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie zgodności Państwa oświadczeń z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w którym czytamy „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący Panorama wyjaśnił, że „Tamex” - w ramach umowy podwykonawczej - będzie brał czynny i bieżący udział w procesie doradztwa przy wykonywaniu niniejszego zamówienia oraz będzie pełnił czynny nadzór nad wykonywanymi robotami, co wskazano w ofercie oraz w zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia zasobów. Nadto - podmiot ten - również w ramach umowy podwykonawczej - będzie wykonywał część prac, między innymi układanie nawierzchni.

W związku z tym należy wskazać, że w ofercie zaszła oczywista omyłka pisarka polegająca na wskazaniu 2% jako wartości procentowej, która zostanie powierzona temu podwykonawcy - a powinno być 25% z uwagi na zakres zleconych tego podmiotowi prac.

Okoliczność ta może zostać dodatkowo wyjaśniona na żądanie Zamawiającego w trybie art. 223 Pzp jako wyjaśnienie dotyczące treści oferty, zaś sama omyłka może zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust 2 tego przepisu, na co - już teraz wskazujemy, że - POS wyraża zgodę.

Jednocześnie wyjaśniamy, że POS może zlecić Tamex Obiekty Sportowe także inne prace, w tym wskazane w ofercie wykonanie boiska z trawy naturalnej, podbudowę pod bieżnię - które to prace w ofercie nie zostały przypisane na razie do żadnego z podwykonawców, a obejmują dodatkowe 20%.

Oznaczać to będzie, że Tamex wykonywać będzie około 45% wszystkich prac.

Dodatkowo, gdyby Zamawiający posiadał wątpliwości odnośnie do przedmiotowej kwestii wskazujemy, że powinien przed zastosowaniem art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp bezwzględnie wezwać wykonawcę, choćby w trybie art. 128 ust 1 Pzp, do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych, precyzując jakie dokumenty powinien wykonawca złożyć lub poprawić celem rozwiania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego w tym względzie. Jednocześnie POS wskazuje, że po otrzymaniu takiego wezwania będzie przykładowo w stanie przedłożyć uzupełnione zobowiązanie Tamex

Obiekty Sportowe S.A. do udostępnienia zasobów, w którym wskazane zostanie między innymi nie tylko czynne doradztwo, ale i czynny nadzór nad prowadzoną inwestycją.

Oznacza to, że Tamex Obiekty Sportowe SA będzie brał czynny udział w realizacji inwestycji, rzeczywiście i faktycznie wykonując część prac, a przy tym pełniąc bieżący nadzór i doradztwo przy jej prowadzeniu. Oznaczać to będzie pełne połączenie doświadczenia POS w wykonaniu innych podobnych budów (o nieco mniejszej wartości niż 8 mln zł) oraz doświadczenia i wiedzy Tamex Obiekty Sportowe SA przy wykonywaniu takich inwestycji, co zapewni Zamawiającemu prawidłowe i należyte wykonanie niniejszego zamówienia.

Zamawiający w dniu 8 lutego 2022 r. wezwał odwołującego Panorama na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 11 lutego 2022 r. odwołujący Panorama ponownie podkreślił, że w formularzu ofertowym doszło do omyłki pisarskiej, a rzeczywisty zakres udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia jest szerszy i potwierdza realność udostępnienia. Do odpowiedzi na wezwanie dołączono:

Zobowiązanie do udostępnienia zasobów Tamex, w którym podmiot ten potwierdził następujący zakres udziału: „Wykonanie robót budowlanych związanych z budową stadionu przez podmiot udostępniający zasoby jako podwykonawca”;

b. W celu uwiarygodnienia stanowiska Wykonawcy oraz przedłożonych oświadczeń dodatkowo dołączono ofertą handlową, w którym podmiot trzeci już na etapie przed składaniem ofert potwierdził, że weźmie udział w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy oraz wykona m.in. takie prace jak:

- czynny i bieżący udział w doradztwie budowlanym przy wykonywaniu całej inwestycji,
- czynny i bieżący nadzór nad całym procesem inwestycyjnym, w całym toku wykonywania inwestycji,
- wykonywanie układania nawierzchni poliuretanowej w technologii pełnego poliuretanu, a także
- wykonanie boiska z trawy naturalnej,
- wykonanie podbudowy pod bieżnię,
- roboty sanitarne.

Dodatkowo w ofercie handlowej wskazano, że szczegóły umowy podwykonawstwa zostaną uzgodnione po wybraniu oferty Panorama jako najkorzystniejszej przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego wynikających z warunków określonych w SWZ i innych dokumentach zamówienia.

W dniu 15 lutego 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Gretasport jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania odpowiedniego doświadczenia postawionego przez Zamawiającego.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił warunek o następującej treści: Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał i prawidłowo ukończył co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego o obwodzie bieżni min. 400 metrów w technologii pełnego poliuretanu wraz z budową lub przebudową boiska piłkarskiego w wewnętrznej części bieżni z trawy naturalnej z warstwą vegetacyjną i warstwą odsączającą, systemem nawadniania i drenażu, wraz z robotami towarzyszącymi, dla których Wykonawca uzyskał certyfikat PZLA lub certyfikat IAAF dla obiektu. Wartość każdej z robót min. 8.000.000,00 zł brutto (osiem milionów złotych). Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia wyżej określonego warunku udziału w postępowaniu powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Tamex S.A. Samo doświadczenie podmiotu udostępniającego potencjał nie budzi wątpliwości

zamawiającego, gdyż obie roboty wskazane w oświadczeniu składanym w trybie art. 125 ust 1 ustawy Pzp spełniają wymagania zamawiającego. Wątpliwości budzi natomiast sam sposób udostępnienia potencjału, jego realność, a w szczególności udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Treści oświadczeń składanych w postępowaniu, a w szczególności wyjaśnienia składane w toku postępowania budzą wątpliwości zamawiającego sprowadzające się do tezy, iż w przypadku wyboru oferty złożonej przez Panorama Obiekty Sportowe sp. z o. o. doprowadziłoby to do realizacji zamówienia przez podmiot niedoświadczony przy co najmniej wątpliwym udziale podmiotu doświadczonego. Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić co jest właściwą intencją wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający potencjał. Pierwotnie wykonawca wskazał, iż zakres realizowany przez podmiot udostępniający to około 2% całości zamówienia (ułożenie nawierzchni poliuretanowej z materiału powierzono). Następnie wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wskazuje, iż podmiot udostępniający wykona nie jak pierwotnie wskazano 2% wartości zamówienia, a 25%, gdyż jego zdaniem doszło do omyłki. Wskazuje również, że gdyby zaszła taka potrzeba to wykona nawet większy zakres zamówienia. Zamawiający nie uznaje argumentacji przedstawianej przez wykonawcę, że jest to omyłka gdyż po pierwsze zakres ten wskazywany jest zarówno w ofercie jak i zobowiązaniu. Jednocześnie zamawiający nie kwestionuje, że oświadczenie dotyczące podwykonawstwa nie jest elementem oferty, a jedynie wskazuje na intencję wykonawcy, by dostosować zakres do minimalnych oczekiwań w tym zakresie. Warto w tym miejscu również zaznaczyć, iż wykonawca w żaden sposób nie sygnalizuje zamawiającemu na ten moment, iż dysponuje, innym podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym, iż dysponuje potencjałem udostępnianym w szerszym zakresie niż wskazują to dokumenty oraz wyjaśnienia.

Dokument taki w postaci propozycji ofert współpracy został dostarczony zamawiającemu dopiero na wezwanie w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp. Warto w tym przypadku również zaznaczyć, iż dokument ten stanowi podmiotowy środek dowodowy i sporządzony został w formie papierowej, a zamawiającemu dostarczone zostało jego cyfrowe odzwierciedlenie podpisane przez wykonawcę. Dokument ten zawiera dwa oświadczenia z jednej strony podmiotu udostępniającego (propozycja oferty współpracy), a z drugiej strony oświadczenie o przyjęciu oferty. Dla zamawiającego istotna jest w szczególności propozycja oferty współpracy. Zdaniem zamawiającego cyfrowe odwzorowanie powinno być podpisane przez udostępniającego potencjał (zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie). Jednakże nawet pomijając kwestie opisane powyżej i przyjmując nawet maksymalny (choć i ten nie jest do końca jasny) wskazany zakres, który realizowany będzie przez podmiot udostępniający, nie wyczerpuje dyspozycji art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu: „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”. Abstrahując od tego, iż wykonawca próbuje wywołać u zamawiającego przeświadczenie, o realności udostępnienia potencjału na moment składania ofert (co wykazane zostało powyżej) to zamawiający uznaje, iż sam zakres który realizowany będzie przez podmiot udostępniający jest niewystarczający do tego aby uznać, iż udostępnienie wyczerpuje dyspozycję art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający oczekiwał doświadczenia w kompleksowej realizacji robót opisanych w treści warunku udziału w postępowaniu, natomiast wszystkie przedstawione w postępowaniu dokumenty wskazują na fragmentaryczny (wybiórczy) zakres realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający. Nawet przyjmując jako maksymalny zakres ten wskazany w ofercie współpracy to stwierdzić należy, iż jest on zbyt wąski w stosunku do postawionego warunku, gdyż nie obejmuje on w szczególności nierozzerwalnie związane z budową obiektu elementy konstrukcyjnobudowlane (podbudowa bieżni, mury oporowe, trybuny), elektryczne (w tym związane z budową oświetlenia), a także związane z montażem wyposażenia sportowego. Prace te są nie tylko związane z poprawną realizacją zamówienia ale w istocie są jednymi z istotniejszych w trakcie realizacji zamówienia. Są również elementem niezbędnym przy realizacji każdego stadionu lekkoatletycznego. Biorąc pod uwagę, iż zamawiający wymagał doświadczenia kompleksowej realizacji to zasadnym wydaje się by roboty budowlane wykonane zostały w całości przez podmiot udostępniający zasoby. Pogląd taki znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśla, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie

służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych (wyrok KIO z 4.03.2021 r., KIO 442/21, wyrok KIO z 11.05.2018 r., KIO 764/18). Wykonawcy jednak w tym zakresie w sposób nieprawidłowy interpretują przepisy prawa, stwierdzając, że podmiot udostępniający zasoby może w pewnym niewielkim zakresie wykonywać zamówienie, zaś w pozostałym zakresie pozostawić to wykonanie podmiotowi niedoświadczonemu, jakim jest wykonawca. Podkreśla to wyraźnie w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, A. Gawrońska-Baran w komentarzu do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jakim deklarował on udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca polegał na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego w zakresie warunku odnoszącego się do całego zamówienia, to podmiot ten powinien wykonać zamówienie zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do całości.

Tym samym wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu np. robót budowlanych nie może wykonać sam wykonawca, który nie spełniał danego warunku, niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów ustawy Pzp oraz zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarze, Warszawa 2021, s. 391). Dla porządku zamawiający podkreśla, iż wszelkie próby powoływania się na wszelkie rodzaje doradztwa i konsultacji w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu nie znajdują potwierdzenia w orzecznictwie jak i doktrynie. Z uwagi na oczywistość tego twierdzenia zamawiający nie dokonuje szczegółowego uzasadnienia tego faktu.

2. Uzasadnienie prawne: Zgodnie z art 226 ust 1 pkt 2b ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oferta Wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno zostaje odrzucona przez Zamawiającego, gdyż oferta zastała złożona przez Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istota sporu polega na rozstrzygnięciu, czy odwołujący Panorama wykazał realność udostępnienia zasobów przez podmiot Tamex przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W myśl ust. 2, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stosownie do ust. 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.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, a podmiot trzeci musi brać rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

W tym przedmiocie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 roku w sprawie E-324/14 Partner A. D. . Trybunał stwierdził, iż o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.

TS stwierdził, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz

- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący Panorama nie wykazał, że wykonawca Tamex, udostępniający odwołującemu Panorama zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom.

Izba wskazuje, iż w formularzu ofertowym odwołujący Panorama wskazał, że zakres zamówienia, jaki zamierza powierzyć do wykonania wykonawcy Tamex wynosi 2%. W ocenie Izby nie można w tym przypadku mówić o oczywistej omyłce po stronie odwołującego Panorama. Oprócz podanej bowiem wartości procentowej odwołujący Panorama wskazał bowiem zakres, mający być przedmiotem powierzenia, poprzez wymienienie konkretnych robót. I tak, odwołujący Panorama poinformował, że zamierza powierzyć wykonawcy Tamex roboty w postaci: „nawierzchnia PU - montaż z materiału powierzono oraz doradztwo i nadzór nad procesem inwestycyjnym ze szczególnym uwzględnieniem procesu certyfikacji”. Analogiczny zakres został wskazany w zobowiązaniu podmiotu Tamex do udostępnienia zasobów. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący Gretasport, wykazywali, że wymieniony zakres odpowiada około 2% całości robót. Przystępujący Gretasport złożył dokumenty w postaci cenników, kosztorysów inwestorskich oraz faktur VAT i wniósł o przeprowadzenie z nich dowodów na okoliczność wykazania, iż zakres robót przewidziany przez odwołującego Panorama do powierzenia podmiotowi Tamex stanowi 2% ogólnego zakresu robót.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonych dokumentów i ustaliła, że zakres robót wskazanych do wykonania przez wykonawcę Tamex w formularzu ofertowym odwołującego Panorama oraz w zobowiązaniu firmy Tamex do udostępnienia zasobów może stanowić około 2% ogólnego zakresu robót. Okolicznością wymagającą podkreślenia jest fakt, że odwołujący Panorama nie złożył wniosków dowodowych na wykazanie okoliczności, że

wskazany zakres odpowiada 25%, jak odwołujący Panorama wskazywał w złożonych wyjaśnieniach.

Wskazując na powyższe Izba podkreśla, że - o ile - można by przyjąć, iż wpisując do tabeli formularza ofertowego liczbę określającą procentowy zakres robót przewidzianych do powierzenia, można się pomylić, np. poprzez naciśnięcie klawisza niewłaściwej cyfry lub nienaciśnięcie klawisza w ogóle (czego nawet można nie zauważyć), o tyle wymieniając konkretne roboty w dwóch osobnych dokumentach (formularz ofertowy, zobowiązanie podmiotu trzeciego), o takiej pomyłce mówić nie sposób. Redakcja treści takich dokumentów ma już bowiem charakter intencjonalny i jej niezgodność z treścią s.w.z. nie wynika z oczywistej omyłki. Tym samym Izba stwierdziła, że wyjaśnienia odwołującego Panorama, złożone zamawiającemu, w istocie doprowadziłyby do zmiany treści oferty w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie tych wyjaśnień w sposób oczekiwany przez odwołującego Panorama byłoby sprzeczne z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do argumentów odwołującego Panorama, iż zamawiający nadinterpretuje postanowienia s.w.z., wymagając, by podmiot udostępniający zasoby wykonał całość zamówienia, mimo że takiego wymogu nie było w s.w.z. ani nie wynika on z istoty udostępnienia zasobów, Izba wskazuje, że wskazany wyżej warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia był jedynym postawionym warunkiem w tym zakresie. Skoro odwołujący Panorama, wykazując spełnienie warunku, w całości oparł się do doświadczeniu podmiotu Tamex, oczywistym jest, że zamawiający oczekiwał od wskazanego podmiotu wykonania takiej części zamówienia, która odpowiada doświadczeniu wymaganemu w tym postępowaniu. Konstatacja ta wynika wprost z treści art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby nietrafione jest powoływanie się odwołującego Panorama na art. 122 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia 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. Przepis ten dotyczy sytuacji podmiotu trzeciego, która w rozpoznawanym przypadku nie była kwestionowana. Kwestionowany był natomiast udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, co wyklucza zastosowanie wskazanego unormowania.

Wskazując na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).